



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**MARINA DE CERQUEIRA SANT'ANNA**

**NEUROCIÊNCIAS E CULPABILIDADE**

Salvador  
2014

**MARINA DE CERQUEIRA SANT'ANNA**

## **NEUROCIÊNCIAS E CULPABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Departamento de Ciências Econômicas e Sociais, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

**Área de concentração:** Direito Público – Mestrado

**Linha de pesquisa:** 1.1 (Constituição, Estado e Direitos fundamentais)

**Orientador:** Prof. Doutor Sebastián Borges de Albuquerque Mello

Salvador  
2014

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**MARINA DE CERQUEIRA SANT'ANNA**

### **NEUROCIÊNCIAS E CULPABILIDADE**

Dissertação aprovada, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, na Universidade Federal da Bahia - UFBA, pela seguinte banca examinadora:

**Prof. Doutor Sebastián Borges de Albuquerque Mello (orientador)**

Professor Adjunto do Departamento de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

**Profa. Doutora Selma Pereira de Santana**

Professora Adjunta do Departamento de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

**Prof. Doutor Paulo César Busato**

Professor Adjunto do Departamento de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Salvador, 17/10/ 2014.

À

meu avô, Waldir Correia de Cerqueira (*in  
memoriam*), autêntico imortal.

## AGRADECIMENTOS

Toda vitória implica sacrifício. Uma significativa etapa se encerra e, então, vislumbram-se novos sonhos e trajetórias. É assim o itinerário da vida.

Agradeço a Deus pela saúde e pela linda vida; a minha incrível e amada família pela confiança a mim sempre depositada e, principalmente, aos meus pais: Lilian Bacelar de Cerqueira Weber e Moisés Andrade Sant'Anna, também vitoriosos com esse ciclo, pelo amor e inestimável apoio aos meus projetos.

Registro, também, o meu carinho e admiração àqueles que contribuíram de maneira essencial para a minha formação intelectual e profissional, como também para a conclusão desta dissertação, produto de reflexões e angústias diárias, em especial:

Ao Professor Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello, querido orientador, pela presteza e atenção ao longo dessa caminhada. Muito obrigada por fazer-me acreditar no meu potencial.

Ao Professor Dr. José Carlos Porciúncula, grande amigo que acompanhou e estimulou o início dessa pesquisa, pela essencial atenção e preocupação ao longo de todo esse projeto. Zeca, você é uma fonte de inspiração, muito obrigada por compartilhar o saber e me ajudar a realizar o presente trabalho que, sem dúvidas, tem muito dos seus ensinamentos em cada página.

Ao Professor Dr. Wellington César Lima e Silva, grande responsável pela orientação da minha trajetória profissional e acadêmica, que guiou o início dos meus estudos, incentivando-me a confiar na minha capacidade e a nunca ter medo de arriscar.

Ao querido amigo Manoel Teixeira do Bomfim Filho que esteve ao meu lado desde o princípio dessa árdua e gratificante trajetória, por toda atenção com o desenvolvimento do aludido estudo.

*“el acto de seguir reglas implica captação del sentido y, por consiguiente, determinación conforme el sentido, no determinación causal. Las reglas son muy diferentes de las leyes de la naturaleza: pues una regla puede ser seguida correctamente o resultar infringida en cuanto que una ley de la naturaleza deja de ser tal si los hechos no se adaptan a ella. La pregunta sobre como puedo seguir una regla no es una pregunta respecto de las causas, sino de las razones que guian mi conducta y presupone que puedo determinarme por ellas – es decir, presupone la libertad de acción que realizo al hablar -“.*

**Tomás S. Vives Antón**

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo refletir sobre os influxos das recentes pesquisas neurocientíficas no âmbito da culpabilidade “normativa-pura” defendida por Hans Welzel. Vale dizer, a hipótese de trabalho reside exatamente na seguinte indagação: o fundamento material da culpabilidade defendida por Hans Welzel, qual seja, a exigibilidade de conduta diversa, deve sofrer modificações a partir dos novos experimentos desenvolvidos pela neurociência cognitiva? A partir de tal questão orientadora, o aludido trabalho pretende, inicialmente, tratar da concepção de liberdade e da sua relação com o Direito Penal e, ainda nesse contexto, abordar a tensão sempre existente entre livre arbítrio e determinismo. Posteriormente, pretende-se desenvolver a relação entre culpabilidade e liberdade. Assim, apresenta-se os três sentidos de culpabilidade: como princípio, como limite e como fundamento da pena para, em seguida, versar sobre a evolução do conceito de culpabilidade e as suas diversas concepções de liberdade. Prosseguindo-se, pretende-se abordar a questão do livre arbítrio no pós-finalismo e, enfim, apresentar o retorno da discussão sobre o livre arbítrio e os estudos neurocientíficos. Situando-se nesse cenário de ideias, objetiva-se demonstrar os experimentos realizados pelo neurocientista Norte-Americano, Benjamin Libet e as suas repercussões tanto no âmbito dos neurocientistas, como também, no âmbito jurídico-penal. Por fim, com o escopo de tentar responder a mencionada indagação reflexiva e orientadora do presente trabalho, pretende-se firmar o posicionamento por um Direito Penal fundado na liberdade, orientando-se pelos estudos de Tomas S. Vives Antón, com o objetivo de desenvolver uma concepção significativa de liberdade.

**Palavras-chaves:** liberdade – culpabilidade – neurociências– Direito Penal.

## ***ABSTRACT***

This paper aims to reflect on inflows of recent neuroscientific research into the "normative-pure" guilt defended by Hans Welzel. The working hypothesis lies precisely in the following inquiry: the material basis of guilt defended by Hans Welzel, namely the requirement of different conduct must be modified from the new experiments developed by cognitive neuroscience? From this guiding question alluded to the work intends to initially treat the concept of freedom and its relation to the criminal law, and even in that context, addressing the tension always exists between free will and determinism. Subsequently, we intend to develop the relationship between guilt and freedom. Thus, it presents the three senses of guilt: as a principle, as a limit and as a foundation for the pen, then traverse on the evolution of the concept of guilt and their various conceptions of freedom. Continuing up, we intend to address the issue of free will in the post-finality, and, finally, present the return of the discussion about free will and neuroscientific studies. Standing of ideas in this scenario, the objective is to demonstrate the experiments conducted by the U.S. neuroscientist Benjamin Libet and its repercussions both within neuroscientists, as well as in the criminal legal framework. Finally, with the aim of trying to answer mentioned reflective inquiry and guiding the present work, we intend to establish the position for a criminal law based on freedom, guided by studies Tomas Vives S. Antón, with the goal of developing a meaningful conception of freedom.

**Key-words:** freedom – culpability – neuroscience – Criminal Law



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2</b>	<b>LIBERDADE E DIREITO PENAL</b>	13
2.1	A ETERNA POLÊMICA ENTRE LIVRE ARBÍTRIO E DETERMINISMO	14
2.2	IMANNUEL KANT E O PARADIGMA DA LIBERDADE	18
2.3	A APROPRIAÇÃO DA DISCUSSÃO SOBRE LIBERDADE PELO DIREITO PENAL	22
2.3.1	<b>Escola Clássica</b>	22
2.3.2	<b>Escola Positivista</b>	25
<b>3</b>	<b>CULPABILIDADE E LIBERDADE</b>	27
3.1	A APROPRIAÇÃO DA DISCUSSÃO SOBRE LIBERDADE NA CULPABILIDADE	29
3.2	CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO, LIMITE E FUNDAMENTO DA PENA	30
3.3	A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE E SUAS DIVERSAS CONCEPÇÕES DE LIBERDADE	34
3.3.1	<b>A Concepção Psicológica da Culpabilidade</b>	35
3.3.2	<b>As Contribuições dos Normativistas para a Culpabilidade</b>	39
3.3.3	<b>O Poder Agir de Outro Modo como Fundamento Material da Culpabilidade na Teoria Finalista</b>	47
<b>4</b>	<b>A QUESTÃO DO LIVRE ARBÍTRIO NO PÓS-FINALISMO</b>	53
4.1	AS CRÍTICAS AO FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE DEFENDIDA POR HANS WELZEL	53
4.2	AS PRINCIPAIS ALTERNATIVAS AO PODER ATUAR DE OUTRO MODO	60
4.2.1	<b>Solução Funcionalista Sistêmica (A Contribuição de Günther Jakobs)</b>	61
4.2.2	<b>Solução Funcionalista Teleológica (A Contribuição de Claus Roxin)</b>	64
4.2.3	<b>Solução à Luz do Discurso (A Contribuição de Klaus Günther)</b>	68
<b>5</b>	<b>A VOLTA DA DISCUSSÃO SOBRE O LIVRE-ARBÍTRIO E OS</b>	73

	<b>ESTUDOS NEUROCIENTÍFICOS</b>	
5.1	OS ESTUDOS DA NEUROCIÊNCIA COGNITIVA	74
5.2	ALGUMAS REPERCUSSÕES DOS ESTUDOS DA NEUROCIÊNCIA NA CULPABILIDADE	81
5.2.1	<b>Perspectivas Compatibilistas</b>	82
5.2.2	<b>Visões Incompatibilistas</b>	84
6	<b>POR UM DIREITO PENAL FUNDADO NA LIBERDADE</b>	96
6.1	A IMPOSSIBILIDADE DE SE DESPREZAR AS PESQUISAS NEUROCIENTÍFICAS PARA A ELABORAÇÃO DE UM CONCEITO DE CULPABILIDADE	97
6.2	POR UM CONCEITO SIGNIFICATIVO DE LIBERDADE	98
7	<b>CONCLUSÕES</b>	106
	<b>REFERÊNCIAS</b>	110

## 1 INTRODUÇÃO

A ideia de dissertar sobre o suscitado tema surgiu da seguinte indagação: as descobertas neurocientíficas implicam na mudança da estrutura da responsabilização criminal defendida por Hans Welzel?

O ponto fulcral do presente estudo reside, portanto, no impacto produzido nos últimos tempos pelas investigações no âmbito da neurobiologia acerca do possível caráter determinado do comportamento humano, principalmente a partir dos experimentos desenvolvidos pelo neurocientista e professor da Universidade da Califórnia, Benjamin Libet.

As descobertas da neurociência cognitiva proporcionaram a retomada da discussão sobre a relação entre livre arbítrio e determinismo, impulsionando, indubitavelmente, novas reflexões sobre a concepção de liberdade de vontade.

Como se sabe, o fundamento material da culpabilidade defendida por Hans Welzel centra-se na ideia do “poder atuar de outro modo”, que por sua vez, é orientada pela concepção de existência de livre arbítrio, assim compreendido como a capacidade de se desvencilhar dos impulsos causais e de determinar-se conforme o sentido de obediência às normas jurídicas.

Ocorre que, com a evolução da teoria do delito e, notadamente, da culpabilidade a doutrina pós-finalista passou a enxergar os problemas existentes no mencionado fundamento material, o que a conduziu a propor a afirmação da responsabilidade criminal à luz de novos horizontes.

É possível citar, apenas a título de ilustração, algumas soluções ao fundamento material da culpabilidade finalista, idealizadas por Francisco Muñoz Conde, Santiago Mir Puig, Enrique Gimbernat Ordeig, Winfried Hassemer, Claus Roxin, Günther Jakobs, Bernd Schünemann, Urs Kindhäuser, Klaus Günther, dentre outros.

Percebe-se que esses autores, cada um com as suas peculiares características, propõem novos conceitos materiais com o objetivo de prescindir do “livre arbítrio” (liberdade de vontade), embora seja possível identificar que alguns incidem na denominada “fraude de etiquetas”, pois, embora defendam novos fundamentos, acabam por também pressupor a ideia de liberdade.

As recentes pesquisas realizadas no cérebro humano, consoante já sinalizado, na tentativa de comprovar que determinadas áreas do cérebro, inacessíveis a consciência do sujeito, determinariam a sua vontade, retomaram toda a discussão acerca da liberdade humana.

Ainda nesse contexto, estudiosos de renome tanto na Alemanha, quanto na Espanha, como Gerhard Roth, Wolfgang Prinz, Wolf Singer e Francisco Rubia apresentam reflexões sobre tais experimentos. Sustentam tais autores, que os indivíduos são determinados pelo inconsciente e que a ideia de livre arbítrio é uma ilusão, o que acaba por reduzir o ser humano a verdadeiro autômato ou mesmo, porque não dizer, em autêntico “relógio sofisticado”.

A neurociência produz influxos no âmbito da dogmática penal, principalmente na culpabilidade e tem suscitado discussões sobre novas propostas de mudança no seu arcabouço essencial.

Nessa esteira de raciocínio, a pretensão do aludido trabalho reside em estabelecer um convite a refletir sobre a evolução da relação entre liberdade e Direito Penal, em apresentar os citados experimentos da neurociência cognitiva e a sua repercussão no âmbito de alguns neurocientistas, como também, de alguns penalistas e, por fim, desenvolver e afirmar o Direito Penal e, nesse sentido, a responsabilidade criminal, a partir de parâmetros melhor orientados e em conformidade com o atual cenário jurídico-filosófico.

## 2 LIBERDADE E DIREITO PENAL

A polêmica entre livre arbítrio e determinismo acompanha o Direito desde a sua existência, de maneira que a colocação, em abstrato, da questão da possibilidade de afirmação do Direito Penal associado com a liberdade sempre foi essencialmente discutida<sup>1</sup>.

É bem verdade que, tradicionalmente, a ideia de uma decisão livre constitui a base para a concepção de culpabilidade e de responsabilidade no âmbito jurídico penal. Nesse mesmo contexto, impõe registrar que é bastante comum, no Direito Penal, a referência à liberdade sob diversos usos de linguagem: como bem jurídico protegido, como base para a atribuição de responsabilidade, como objeto da pena, dentre outros<sup>2</sup>.

Nesse sentido, quem pratica um delito contra a *liberdade*, por exemplo, o juiz, considerando que se tratava de um agente *livre* e, portanto, *normalmente motivável*, decide por afirmar a culpabilidade e conseqüente responsabilidade do sujeito, aplicando-o uma reprimenda penal<sup>3</sup>.

Observa-se, nesse contexto, que “a liberdade parece ter se tornado útil na metáfora poética das constituições ou um lugar comum na retórica dos direitos [...]”<sup>4</sup>.

Mas, por outro lado, a compreensão melhor orientada da estrutura da teoria do delito sempre conduziu os estudiosos a alguns questionamentos sobre a possibilidade de fundamentar o Direito Penal na liberdade pessoal, sobre a imputação de responsabilidade, assim como sobre a atribuição da pena<sup>5</sup>.

Com efeito, tanto nas diversas doutrinas sobre a teoria do delito, quanto nas da política criminal, observa-se que a liberdade sempre foi um tema presente que implicou, e, ainda implica, diversos questionamentos sobre a sua legitimidade para o Direito Penal ou se é possível prescindir dessa ideia e fundamentá-lo com base no determinismo<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> PALMA, Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. ALMEDINA: 2005, p.38.

<sup>2</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *La libertad del Derecho Penal: de qué hablamos cuando decimos libertad?* In Indret 1/2014.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p.03, no original: “La libertad parece haberse convertido en metáfora útil en la poética de las constituciones, o un lugar común de la retórica de los derechos, cuando no un tópico socorrido para entenderse en la dogmática [...]”.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

## 2.1 A ETERNA POLÊMICA ENTRE LIVRE ARBÍTRIO E DETERMINISMO

Existem, ao longo da história, diversas concepções sobre liberdade. É possível iniciar mencionando a ideia de liberdade como agir sendo o que se é – assim compreendida, à luz do pensamento grego, como a liberdade decorrente de uma concordância com a necessidade ou a vontade dos deuses. A liberdade seria a possibilidade de concordância do sujeito com a ordem –; como também a capacidade de se atingir as diretrizes divinas – a liberdade aqui assume uma conotação do pensamento cristão medieval, ou seja, a liberdade associada à vontade divina<sup>7</sup>. Sobre esta ideia de liberdade afirma Santo Agostinho, para quem o pecado provém do livre arbítrio: “se o homem não dispusesse de vontade livre, tanto seria injusto o castigo como o prêmio. Ora não podia deixar de haver justiça tanto na pena como no prêmio, pois esse é um dos bens que procedem de Deus. Deus devia, pois, dar ao homem a vontade livre”<sup>8</sup>.

Desde a filosofia grega, as ideias sobre a causalidade representavam o centro das atenções. Questionava-se, desde aquela época, se todos os acontecimentos físicos eram causados ou estavam determinados pelos acontecimentos imediatamente anteriores e estes pelos anteriores e, assim, sucessivamente<sup>9</sup>.

Nessa perspectiva, ou seja, de afirmar, como verdadeiro, o determinismo, cada ato ou decisão seria o resultado inexorável da soma de forças físicas que atuam neste instante. Orientando-se por tal constatação, questionava-se: como é possível, então, a liberdade?<sup>10</sup>. Sobre isso, vale as considerações de Antônio Moniz Sodré de Aragão:

Temos, diz a filosofia metafísica, plena consciência de que nos podemos determinar livremente, sem outras causas que a nossa própria vontade, e, portanto, sabemos de ciência certa que existe em nós esse poder. Como poderia a humanidade ter esta consciência universal de liberdade volitiva, se ela fosse uma ilusão, e não tivesse ao contrário, real e verdadeira existência? A consciência que tem o homem de possuir a liberdade moral é a prova da existência dessa liberdade<sup>11</sup>.

A dificuldade de aceitar, de maneira simultânea, a liberdade e o determinismo conduziu, e ainda conduz, a Filosofia Moral a optar por uma das seguintes alternativas: a negação do determinismo a fim de viabilizar a responsabilidade individual ou, ao

<sup>7</sup> PALMA, Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal, Op. Cit*, p.39.

<sup>8</sup> SANTO AGOSTINHO. *O Livre Arbítrio, trad. De António Soares, 1986, Livro II, Cap. I*, p.80.

<sup>9</sup> DENNET, Daniel C. *La libertad de acción, Um análisis de la exigência de libre albedrío*. Biblioteca Económica Gedisa, Ciencias Cognitivas.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 69-70.

contrário, a negação da responsabilidade ante o reconhecimento e a validade do determinismo, ou, ainda, a compatibilização entre um sentido de liberdade e o determinismo<sup>12</sup>.

Os Estoicos, por exemplo, asseguravam que é possível usufruir de certa liberdade se, em vez de lutar contra o inevitável, o indivíduo tentar adequar os desejos e as circunstâncias e adotar uma atitude de resignação que denominavam *apatheia*<sup>13</sup>. Sobre o tema, afirma Daniel C. Dennet:

[...] afirmaram que a cada um de nós é atribuído um papel a desempenhar na tragédia da vida e tudo o que podemos fazer é desempenhar a parte que nos corresponde da melhor maneira possível. Não há espaço para *ad libitum*. Imaginemos um cão amarrado por uma corda na parte traseira de um carro. O cão pode passar por trás do carro pacificamente ou resistir. Em ambos os casos chegará ao mesmo destino, mas se se resignar à sua sorte e aproveitar a viagem da melhor forma possível, vai desfrutar de uma certa liberdade (sendo conduzido por uma corda com vida, vai livre!)<sup>14</sup>.

A verdade é que, por mais de dois milênios, os filósofos desempenharam a tarefa de tentar criar uma doutrina sobre o livre arbítrio que fosse mais atrativa e mais racional do que as doutrinas iniciais, mas, o problema do livre arbítrio e a sua tensão com o determinismo ainda se revela atual e angustiante<sup>15</sup>.

Registre-se, que a própria aceitação do indeterminismo se revela incoerente com a concepção tradicional de responsabilidade, pois uma absoluta arbitrariedade do agir tornaria inviável um controle dos atos que a própria liberdade requer, daí porque é também possível aceitar um problema de compatibilidade entre o próprio indeterminismo e a liberdade<sup>16</sup>.

Consoante já apontado, a negação do determinismo para afirmar a responsabilidade e, de outra parte, a negação da responsabilidade para garantir o determinismo exprimem o seguinte dilema refletido por Fernanda Palma:

[...] se não é possível alterar o curso das coisas, o actos de cada um são inevitáveis e a responsabilidade por actos inevitáveis não tem sentido; se a

<sup>12</sup> PALMA, Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Op.Cit, p.40.

<sup>13</sup> DENNET, Daniel C. *La libertad de acción, Um análisis de la exigência de libre albedrío*, Op. Cit, p.14.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p.14, no original: “[...] Afirmaban que a cada uno de nosotros le es asignado un papel a desempeñar en la tragédia de la vida y que lo único que podemos hacer es decir la parte que nos corresponde de la mejor manera posible. No hay ningún espacio para el ad libitum. Imaginemos un perro atado con una sogá a la parte trasera de un carro. El perro puede trotar pacíficamente detrás del carro o bien resistirse. En ambos casos llegará ao mismo destino, pero si se resigna a su suerte y saca el mayor provecho del veaje, gozará de una cierta libertad (ser conducido por la vida con una sogá al cuello, vaya libertad!)”.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p.15.

<sup>16</sup> PALMA, Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Op.Cit, p.41.

responsabilidade é uma exigência absoluta como condição da liberdade, então o determinismo não é possível nos quadros da representação humana [...]”<sup>17</sup>.

Torna-se necessário, portanto, esclarecer em que consiste o determinismo, sob pena de se tratar tanto de um determinismo em que a vontade e a ação humanas se materializam como causa de fenômenos, ou de se compreender um determinismo em que a própria vontade é determinada, vale dizer, os desejos e as manifestações de vontade estariam condicionados a uma composição orgânica insuscetível de controle<sup>18</sup>.

De acordo com uma formulação mais radical, o determinismo representaria a ideia de que tudo o que acontece está associado a uma lei causal e absolutamente inevitável. Como contraponto a esta compreensão, existem as ideias de causalidade naturalística ou psíquica. Nessa mesma linha de raciocínio, reside, também, o denominado determinismo moderado que admite a interferência de fenômenos de natureza não causal, como por exemplo, a intervenção divina, o acaso e até mesmo uma vontade humana pura. Por fim, é possível, ainda, conceber a ideia de um determinismo que aceite um quadro limitado de alternativas de ação<sup>19</sup>.

Saliente-se, todavia, que a lógica do determinismo não impede que se conclua por alternativas diversas de acontecimentos possíveis. Com efeito, a possibilidade de alternativas de ação depende da variação acidental ou induzida, das circunstâncias e, dessa maneira, se revela inserida em um cenário determinístico<sup>20</sup>.

Essa constatação de que mesmo em um cenário determinístico permeia a ideia de alternativas de escolhas sempre esteve presente nas concepções compatibilistas entre livre arbítrio e determinismo<sup>21</sup>.

Partindo-se de uma premissa determinista de situações físicas ou de acontecimentos essencialmente objetivos é possível encontrar um âmbito de modificação por meio do que Fernanda Palma chama de “*ação contrafática*”, mas se a própria vontade estiver adstrita a essa mesma lógica forçoso será reconhecer um determinismo incompatível com o livre arbítrio<sup>22</sup>.

Nas palavras de Fernanda Palma:

---

<sup>17</sup> PALMA, Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Op.Cit, p.42.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p.42.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p.42.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p.44.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p.45.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p.46.



[...] Se os desejos, emoções, motivações, intenções e deliberações forem descritíveis como inevitáveis ou produtos deterministicamente gerados, então a falta de um poder criador e originário sobre os actos de vontade pode levar a concluir que não dispomos, verdadeiramente, de alternativas de acção<sup>23</sup>.

Ainda sob o mesmo contexto, afirma Daniel C. Dennett:

Primeiro passo: se diz com frequência que se o determinismo é verdadeiro, toda deliberação será impossível. Mas isso tem que ser falso, porque as pessoas deliberam diariamente e, ademais, o que é real é possível. No entanto, a realidade das deliberações cotidianas não nos demonstra que o determinismo seja falso (de outro modo, a física seria uma ciência muito mais simples). Segundo passo: se o determinismo é verdadeiro, as deliberações não serão efetivas, pois não estabelecerão nenhuma diferença. Mas também se comente um erro ao pensar que estabelecer uma diferença equivale a ser eficaz.<sup>24</sup>

Ainda nesse contexto, vale registrar o pensamento de Platão sobre a compreensão da liberdade. Platão, ao contrário do pensamento relativo à moral popular grega que atribuía a Zeus a responsabilidade pelas ações do homem, defende que cada indivíduo escolhe o seu caminho e, portanto, deve ser responsável por suas escolhas<sup>25</sup>. Como sustenta Jorge de Figueiredo Dias: “no princípio de toda a culpa está a liberdade do homem que escolhe; e porque ele se cria a si mesmo como essência ética, é ele responsável pela sua existência e, conseqüentemente, pelo seu ser em sentido ético”<sup>26</sup>.

Realizadas tais considerações e denominadas compreensões sobre o determinismo e a sua tensão com o livre arbítrio, vale realizar o seguinte registro: o problema do livre arbítrio se alimenta também dos medos que os objetos personificados não têm. Muitas vezes, as pessoas pensam que se o determinismo for verdadeiro, deveria haver algo efetivamente mecânico nos processos de deliberação, vale dizer, não haveria que se sustentar que o ser humano é dotado de liberdade de vontade, mas, sim, enxergá-lo como verdadeiro atômata, “como uma conduta similar a dos insetos”<sup>27</sup>.

Os postulados pelos quais se pauta o livre arbítrio e os que edificam a concepção do determinismo(s) sempre refletiram o palco de cruciais reflexões que produzem

<sup>23</sup> PALMA, Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Op.Cit, p.47.

<sup>24</sup> DENNET, Daniel C. *La libertad de acción, Um análisis de la exigência de libre albedrío*, Op. Cit, p.40, no original: “Primer passo: se disse con frecuencia que si el determinismo es verdadero, toda deliberación será imposible. Pero, esto tiene que ser falso, pues las personas deliberan a diario y, además, lo que es real es posible. Sin embargo, la realidad de las deliberaciones cotidianas no nos demuestra que el determinismo sea falso (de otro modo, la física sería una ciencia mucho más simple). Segundo passo: si el determinismo es verdadero, las deliberaciones no serán efectivas, pues ‘no establecerán ninguna diferencia’. Pero también se comete um error al pensar que ‘establecer una diferencia ‘equivale a ‘ser eficaz’”.

<sup>25</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.120.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p.120.

<sup>27</sup> DENNET, Daniel C. *La libertad de acción, Um análisis de la exigência de libre albedrío*, Op. Cit, p.23, no original: “com una conducta similar a la de los insectos”.

consideráveis efeitos, tanto no âmbito da autocompreensão do sujeito consigo mesmo, como também no âmbito do Direito Penal, pois é, exatamente, na discussão entre livre arbítrio e determinismo que reside uma das mais sólidas preocupações sobre o juízo de responsabilidade criminal.

Para compreender melhor tal problemática, torna-se relevante a breve análise sobre a concepção de liberdade para Immanuel Kant, haja vista que, como se sabe, a ideia de liberdade passou a ser necessária para a discussão do Direito Penal a partir dos ideais iluministas que, na Alemanha, possui, como principal expoente, o aludido autor. Posteriormente, imprescindível se faz a análise de como o Direito Penal, durante a sua evolução, se apropriou de tal discussão por vias essencialmente opostas.

## 2.2 IMMANUEL KANT E O PARADIGMA DA LIBERDADE

Um tema recorrente, e ainda controvertido, na literatura sobre o livre arbítrio é a concepção de que a verdadeira liberdade de vontade consiste, ou ao menos deveria consistir, em uma completa submissão da vontade orientada pelos dogmas da razão. Immanuel Kant é, indubitavelmente, o filósofo que fez dessa ideia a espinha dorsal da sua teoria<sup>28</sup>.

O primeiro passo da argumentação de Immanuel Kant reside na afirmação de que se há ação, há também liberdade, ou seja, só se pode agir por meio da liberdade. Só se pode descrever um evento como objeto de uma ação, desde que se fixe, como pressuposto, a atuação livre do sujeito e não algo que acontece simplesmente<sup>29</sup>.

O segundo passo estaria na constatação de que se há razão, há também liberdade. A razão é que orienta as ações, e não qualquer impulso físico ou psíquico. O terceiro argumento utilizado pelo referido autor sustenta que a impossibilidade de se comprovar, desde um ponto de vista teórico, a liberdade é indiferente, “pois quem para atuar ou para raciocinar deve pressupor a liberdade, deve se submeter as mesmas regras que se fosse realmente livre (isto é, às mesmas regras que se sua liberdade estivesse provada)”<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad: Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editoria Nacional.

<sup>29</sup> ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª Edición. *Acción Significativa y Derechos Constitucionales*. Tirant lo blanch. Valencia:2011, p. 328.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p.328, no original: “pues quien para actuar o para razonar há de presuponer la libertad, há de someterse a las mismas reglas que si fuese realmente libre (esto es, a las mismas reglas que si su libertad estuviese probada)”.

Nas palavras de Tomás S. Vives Antón:

Dito em outras palavras, a liberdade é um círculo do qual nem a ação humana, nem a razão humana podem sair, pois constitui a premissa segundo a qual, para uma e para a outra, se abrem as portas do mundo. Nem a ação pode nos proporcionar a experiência que prove a existência da liberdade, nem a razão fornece estrutura teórica ao que não tem sustento experimental – mas, neste caso – no caso da liberdade – essas carências são irrelevantes, porque não é necessário provar teoricamente o que toda teoria pressupõe<sup>31</sup>.

O citado autor utiliza, ainda, dois sentidos de liberdade, quais sejam: o da liberdade assentada na consciência moral e revelada como razão prática, na qual reside o fundamento da responsabilidade diante do imperativo categórico (“Procede segundo máximas tais que possam ao mesmo tempo tomar-se a si mesmas por objeto como leis universais da natureza”<sup>32</sup>); e a liberdade compreendida como início espontâneo de diversos fenômenos. E este segundo sentido de liberdade que é disponibilizado, por assim dizer, à liberdade prática<sup>33</sup>.

A negação da liberdade, segundo Immanuel Kant, atende ao mundo dos fenômenos e, nessa medida, também ao psíquico, considerado como processo temporal, mas que também, a sua afirmação respeita ao ser originário e intemporal, vale dizer, a coisa em si e, portanto, ao “eu puro como essência conformadora de todas as suas manifestações temporais”<sup>34</sup>.

Nessa linha de intelecção, por um lado, o homem compreendido enquanto fenômeno e, portanto, de acordo com a sua dimensão empírica, estaria submetido à determinação causal, de outra parte, de acordo com a sua dimensão inteligível, ele possui algo absolutamente livre orientado pela lei da razão. Porém, ainda que esteja experimentando tal liberdade, sustenta Immanuel Kant:

[...] Deste reconhecimento da possibilidade ontológica da liberdade, como ideia transcendental, não deriva porém logo a possibilidade de conhecimento da culpa moral do atuar: <<a autêntica moralidade das ações (mérito e culpa) permanece-nos na verdade, mesmo a do nosso comportamento, completamente oculta. Pois as nossas imputações só podem ser referidas ao caráter empírico [...]”<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*, Op. Cit, p.328, no original: “Dicho en otras palabras: la libertad es un círculo del que ni la acción humana ni la razón humana pueden salir, pues constituye el quicio desde el que, para una y para otra, se abren las puertas del mundo. Ni la acción puede proporcionarnos la experiencia que pruebe la existencia de la libertad, ni la razón dar estructura teórica a lo que no tiene sustento experimental; pero, en este caso – en el caso de la libertad – esas carencias son irrelevantes, porque no es necesario probar teóricamente lo que toda teoría presupone”.

<sup>32</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Op. Cit, p.34.

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Op.Cit, p.122.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p.122.

<sup>35</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Op. Cit, p.122.

Assim, o caráter de censura se baseia numa lei da razão, por meio da qual o homem deve orientar sua ação, independentemente das condições empíricas dadas. Vale dizer, é ao caráter inteligível do sujeito que se atribui a ação e, nessa medida, ele pode ser considerado responsável, “pois que, apesar de todas as condições empíricas da acção, a razão era completamente livre”<sup>36</sup>.

O ponto fulcral do pensamento sobre liberdade para Immanuel Kant reside, exatamente, na tentativa de compatibilizar, por um lado, a liberdade com a causalidade e, por outro, remanejar a culpa e a consequente responsabilidade do homem que atua para o âmbito no qual mora, essencialmente, a sua liberdade que se dá à luz do imperativo categórico da razão<sup>37</sup>. Nas palavras do citado autor:

Os seres racionais estão todos sujeitos à *lei*, em virtude da qual cada um deles *nunca* deve tratar-se a si e aos outros *como puros meios*, mas sempre e *simultaneamente como fins em si*. Daqui brota uma união sistemática de seres racionais por meio de leis objetivas comuns, ou seja, um reino o qual atendendo a que tais leis têm precisamente por escopo a relação mútua de todos estes seres, como fins e como meios, pode ser denominado reino dos fins (o que, na verdade, é apenas um ideal)<sup>38</sup>.

A moralidade, ainda nesse contexto de ideias, consiste na relação das ações humanas com a legislação, que deve residir em todo ser racional e deve poder traduzir de acordo com a sua vontade o seguinte princípio: “agir somente segundo uma máxima tal que possa ser erigida em lei universal; tal, por conseguinte, que a vontade possa, mercê de sua máxima, considerar-se como promulgadora, ao mesmo tempo, de uma legislação universal”<sup>39</sup>.

A partir da interpretação sobre o paradigma da liberdade de Immanuel Kant é possível verificar, todavia, uma contradição no referido pensamento. Ou seja, o suscitado autor ao pressupor, de um lado, que a liberdade e a imputação se fundamentam e, portanto, possuem a razão de ser nas exigências do dever, de outro lado, sustenta que a imputação do fato só pode se valer na dimensão empírica da liberdade. Isso se dá, pois, consoante já afirmado, o referido autor utiliza dois sentidos diferentes de liberdade sem estabelecer um diálogo entre ambos<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Op. Cit, p.122.

<sup>37</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Op. Cit, p.124.

<sup>38</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Op. Cit, p.31.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p.32.

<sup>40</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Op. Cit, p.127.

Nesse sentido, a fim de tentar dissolver tal incongruência, deve-se compreender a seguinte premissa:

[...] o dever é vinculante para o homem real, também a liberdade <<inteligível>> se tem de introduzir como característica do homem fático, na sua realidade terrena, na realidade do seu existir. Então poderá atribuir-se à liberdade <<inteligível>> um efeito <<empírico>> - o que, de outra forma, estava criticamente excluído – porque o <<carácter inteligível>> não mais será algo que está para além do comportamento fenomênico e é anterior a ele, mas uma realidade que penetra o próprio <<carácter empírico>>, mora no existir histórico do homem e nele se realiza [...]<sup>41</sup>.

Diante de tais breves considerações, é possível perceber que para Immanuel Kant a compreensão de liberdade para fins de imputação e responsabilização deve ser aquela que se materialize orientada por um sentido de razão, ou seja, a racionalidade traduz a liberdade do homem que atua.

Vale ressaltar, nesse contexto de ideias, que a abordagem sobre a liberdade desenvolvida por Immanuel Kant tomou um novo impulso a partir do pensamento de Arthur Schopenhauer, haja vista que com ele tornaram-se mais claras os pontos positivos do pensamento Kantiano<sup>42</sup>.

De acordo com Arthur Schopenhauer, o homem possui o seu carácter empírico, ou seja, aquele carácter que a sociedade conhece e o enxerga como tal, como também possui um carácter inteligível, vale dizer, aquele correspondente à sua própria essência. Assim, de acordo com o mencionado autor, a liberdade não se encontra relacionada ao carácter empírico, mas unicamente ao inteligível<sup>43</sup>. Senão, veja-se:

E porque o ser do homem é, não – como exteriormente se revela – representação, mas no fundo vontade, enquanto o homem não é senão a aparência revestida por esta mesma vontade, todo o homem deve á sua vontade o ser aquilo que é, o seu carácter está nele originariamente, porque o querer é o princípio mesmo do seu ser<sup>44</sup>.

Nesse sentido, percebe-se que a compreensão de Arthur Schopenhauer sobre a liberdade reside da ideia de que o homem deve ser responsabilizado por aquilo que fez à luz do que moralmente é, já que nesse plano do ser, e só nele, o sujeito pode ser considerado livre<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal, Op. Cit*, p.127.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p.127.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p.128.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p.128-129.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p.129.

Assim, pontua Jorge de Figueiredo Dias que o acesso ao problema da liberdade, a partir de Arthur Schopenhauer, se encontra em um contexto mais correto do que o elaborado por Immanuel Kant, seja porque prescinde da especulação teórica da razão que tende para uma compreensão incondicional, seja porque não leva em consideração a afirmação necessária da liberdade pelo dever e pelo imperativo nela contida<sup>46</sup>.

### 2.3 A APROPRIAÇÃO DA DISCUSSÃO SOBRE LIBERDADE PELO DIREITO PENAL

A partir do Iluminismo e a concepção liberal clássica de homem como ser livre, no século XIX, instaurou-se uma polêmica no Direito e no Direito Penal sobre a liberdade e o determinismo. A concepção sobre liberdade – afirmando-a ou negando-a - consolidou-se como fundamento da responsabilidade penal.

Com o intuito de perquirir uma resposta à indagação sobre em que se funda a responsabilidade penal do criminoso, o Direito Penal passou a conviver com o paradigma da liberdade, bem como refletir sobre a sua importância.

Nesse sentido, vale trazer as contribuições da Escola Clássica e da Escola Positivista vez que, como se verificará, abordam a concepção sobre a liberdade de maneiras diametralmente opostas.

Vale registrar, de outro lado, que a pretensão do aludido trabalho não é trazer à discussão todo o estudo sobre tantas outras escolas penais, como, por exemplo, a Escola Italiana, a Escola Moderna Alemã, a Escola Técnico-Jurídica, a Escola Correcionalista e a Doutrina da Defesa Social, pois o objetivo não é trabalhar com as reflexões de todas essas escolas, mas, tão somente, abordar o aspecto da liberdade para as escolas mencionadas, já que elas tratam dessa ideia de maneiras diferentes o que é de fundamental importância para o desenvolvimento da presente pesquisa.

#### 2.3.1 Escola Clássica

Inicialmente, vale registrar que o objeto de estudo daquilo que se convencionou denominar de Escola Clássica reside na análise do delito, enquanto uma entidade

---

<sup>46</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal, Op. Cit*, p.129.

jurídica. A compreensão com a pessoa do criminoso não é tarefa essencial da referida escola<sup>47</sup>.

De acordo com a Escola Clássica, todos os homens são iguais e a sua vontade é que produz o delito, vale dizer, é partidária da doutrina do livre arbítrio. Para os clássicos, o livre arbítrio representa a essência da responsabilidade moral e o fundamento da responsabilidade criminal<sup>48</sup>.

Como sustenta Antônio Moniz Sodré de Aragão:

Na opinião dos criminalistas clássicos o livre arbítrio é o apanágio de todos os homens psicologicamente desenvolvidos e mentalmente sãos. E desde que possuem essa faculdade, esse poder de escolha entre motivos diversos e opostos, eles são moralmente responsáveis por todos os seus atos, visto estes serem filhos exclusivamente dessa vontade livre e soberana<sup>49</sup>.

O livre arbítrio é que orienta a justificação da aplicação da pena ao sujeito com uma conotação de castigo merecido pelo mal causado, este materializado na ação livre de um evento criminoso. Só pode ser considerado culpado aquele que é moralmente livre e, portanto, moralmente responsável<sup>50</sup>. Sobre o tema afirma Giuseppe Bettiol:

Pode-se sustentar, no que tange às características principais da escola penal clássica e aos princípios a que alude para explicar o crime e a pena, que aquele constitui '*violação consciente e voluntária da norma penal*'. Dentre os vários elementos do crime, conferem, pois importância especial à vontade culpável, àquele elemento subjetivo que, com termo moderno, é denominado de 'culpabilidade'. É mister que o crime esteja animado (como diria Antolisei) de uma vontade culpável, que se apresenta mais como vontade de violar a norma do que como voluntariedade do fato constitutivo do crime: outro aspecto daquele normativismo abstrato que caracteriza todo o pensamento clássico. Depois, é necessário que a vontade seja livre para que possa dizer-se culpável. O livre arbítrio constitui, assim, o fulcro do direito penal<sup>51</sup>.

Nessa linha de entendimento e para compreender ainda mais os postulados da Escola Clássica, Francesco Carrara propôs a seguinte definição de delito: "Delito é a infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso"<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Vol I, Tomo I. Max Limonad Editor, 1973, p.85.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p.85.

<sup>49</sup> ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*, *Op.Cit*, p. 59.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p.60.

<sup>51</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*; tradução brasileira e notas do professor Paulo José da Costa Júnior e do magistrado Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966-v.I, p.23-24.

<sup>52</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal: Parte General, Volumen I*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996, p.53.

Nesse contexto de ideias, pode-se inferir que a Escola Clássica só concebe o delito enquanto ato violador de uma lei promulgada pelo Estado para proteger os cidadãos, ou seja, valendo-se de um método dedutivo, o único reconhecido por tal Escola<sup>53</sup>.

Sobre o tema, afirma Basileu Garcia:

Quando Carrara traçou o seu programa, teve a preocupação de fixar um princípio fundamental entre todos, um princípio do qual pudesse, consoante manifestou nas primeiras linhas do livro, deduzir toda a ciência criminal. Esse princípio é o seguinte: o crime não é um ente de fato, é um ente jurídico. Dessa afirmação primordial, a Escola Clássica extrai – ou presente extrair – todas as verdades que governam o Direito Penal<sup>54</sup>.

Ao propor que o crime é um ente jurídico, Francesco Carrara pretendia afirmar que o crime representa a violação a um direito de alguém. É dizer, ente jurídico na acepção de ofensa a um direito. E, se todo direito compreende a ideia de defesa, ao afirmar que o crime é um ente jurídico, deve-se garantir e sustentar a defesa à violação. Daí porque, de acordo com a concepção clássica, essencialmente fundada nos ensinamentos do referido autor, o Direito Penal possui a exercício de fixar os meios de defesa em face da violação ao direito<sup>55</sup>.

A Escola Clássica traçava um paralelo comparativo entre a alma humana e uma balança que fixava os motivos das ações nos seus respectivos pratos, estabelecendo que a vontade teria a capacidade de levantar o prato que contemplasse os motivos mais densos, ainda que diante da lei da gravidade. De acordo com Carrara, o que determina a ação humana “é a vontade livre e inteligente do homem”<sup>56</sup>.

Só há que se falar em imputação de resultado criminalmente danoso a alguém, desde que este seja dotado de livre arbítrio e que possua liberdade de escolha, afirmando-se, assim, sob uma perspectiva *ex ante*, a existência de um sujeito desenvolvido sob o aspecto psíquico e mentalmente saudável. Daí porque a Escola Clássica defende a possibilidade de diferentes graus de responsabilidade intimamente relacionados à intensidade do livre arbítrio<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal, Op Cit*, p.86.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p.87.

<sup>55</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal: Parte General, Volumen I, Op.Cit*, p.58.

<sup>56</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal, Op Cit*, p.89.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p.90.



### 2.3.2 Escola Positivista

Como contraponto à construção teórica da Escola Clássica fundada na concepção de livre arbítrio, os antropólogos, da Escola Positivista, defendem que “o livre-arbítrio é uma ilusão subjetiva, desmentida pela fisiopsicologia positiva”<sup>58</sup>.

Nesse sentido, Giuseppe Bettiol defende que:

[...] A admissão do livre arbítrio, embora de um ângulo puramente metodológico, devia ser considerada como anticientífica e errônea, porque um ato livre rompe a série causal que necessariamente liga os fenômenos entre si: a vontade não é livre, não se coloca por si mesma como causa de efeitos determinados, mas é ela própria um resultado [...]<sup>59</sup>.

Segundo essa perspectiva, a Escola Positivista nega qualquer tipo de responsabilidade moral e é assumidamente adepta ao determinismo psicológico. Nesse contexto, afirma Antônio Moniz Sodré de Aragão:

O homem não é dotado deste poder arbitrário e soberano de decisão livre entre a luta de motivos diversos que atuam sobre ele; mas está sujeito à lei da causalidade e os seus atos são consequência inevitável das circunstâncias internas e externas que lhe influenciam a vontade. Esta é sempre determinada pelos motivos mais fortes: como o fiel de uma balança há de pender necessariamente para o lado em cujo prato exista maior peso, assim a vontade é levada a se inclinar fatalmente para onde a arrastarem razões mais poderosas<sup>60</sup>.

A fim de melhor compreender os postulados fixados pela mencionada Escola Penal, vale contribuir com os ensinamentos do psiquiatra e médico legista, Cesare Lombroso, o qual pretendeu desvendar, dentro da própria natureza humana, as causas que levam ao sujeito a prática do delito, elaborando, assim, a sua teoria sobre o criminoso nato<sup>61</sup>.

De acordo com a teoria lombrosiana, determinados homens, por efeito de uma regressão atávica, nascem efetivamente criminosos como existem outros que, também, nascem essencialmente loucos ou doentes. O sujeito traria consigo, desde o seu nascimento, determinadas anomalias anatômicas ou funcionais, intimamente associada com o seu caráter psicológico<sup>62</sup>.

Basileu Garcia narra como Cesare Lombroso construiu a sua concepção de criminoso nato, veja-se:

<sup>58</sup> ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*, Op.Cit, p.61.

<sup>59</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, Op. Cit, p.30.

<sup>60</sup> ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*, Op.Cit, p.61.

<sup>61</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, Op Cit, p.89.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p.89.

[...] Preocupado que andava em encontrar, no organismo humano, traços diferenciais que separassem o criminoso do louco, deparou, certa manhã, ao proceder à necropsia do cadáver de um celerado, a fosseta occipital média – abertura da parte posterior do crânio – com desenvolvimento fora do comum, análogo ao que existe no crânio de certos animais vertebrados inferiores. Então, como que iluminado por um súbito raio de luz, admitiu a hipótese, sujeita naturalmente a outras investigações, de que haveria certa afinidade entre o criminoso, os animais e principalmente o homem primitivo, que ele considerava diferente, psicológica e fisicamente, do homem dos nossos tempos. Prosseguiu, depois, nos seus estudos, e ultimou a sua doutrina do atavismo. A herança atávica explicaria, a seu ver, a etiologia, a causa dos delitos<sup>63</sup>.

Sobre o tema, Giuseppe Bettiol sustenta:

[...] Por isso é que os positivistas consideram os delinquentes como seres rudimentares, primitivos, selvagens e que não podem adequar-se à moderna vida de relações porque estão impedidos por um desenvolvimento deficiente de seu organismo. Sobre estas bases, teve origem a antropologia criminal que se preocupou em examinar o desenvolvimento e amplitude das várias partes do corpo do delinquente (crânio, face, braços etc.), no esforço de individuar as constantes naturalísticas do crime a fim de reconhecer o ‘tipo’ de homem delinquente que, como tal, ‘nasce’ [...]<sup>64</sup>.

Posteriormente, dando sequência aos trabalhos realizados por Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Garófalo desenvolveram a classificação dos criminosos, segundo a qual se a origem do crime residia no aspecto biológico, antropológico e também sociológico, o respectivo tratamento ao sujeito deveria se materializar de maneira adequada às várias espécies de criminosos<sup>65</sup>.

Observa-se, assim, que a Escola Clássica compreende a pessoa do criminoso como um sujeito sensível e igual aos demais, ao passo que a Escola Positivista o analisa como um sujeito que possui certas peculiaridades pessoais e que podem representar anomalias denunciadoras de predisposição à prática delitiva<sup>66</sup>.

Sob a perspectiva da responsabilidade, os clássicos, consoante já observado, se baseiam na existência incontestável do livre arbítrio, enquanto que para os positivistas, a responsabilidade é consequência da existência do homem em sociedade, daí porque se valem da defesa social proporcional à periculosidade do sujeito, ou seja, adaptada as suas circunstâncias pessoais<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal, Op Cit*, p.90.

<sup>64</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal, Op. Cit*, p.31-32.

<sup>65</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal, Op Cit*, p.91.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p.91.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p.91.

### 3 CULPABILIDADE E LIBERDADE

Ao longo da história se pode observar diversos modelos de responsabilidade penal centrada na concepção de responsabilidade objetiva, impessoal, solidária, ou seja, modelos que não consideram o homem em sua individualidade, nem como pessoa livre e responsável pelos seus atos<sup>68</sup>.

Sistemas de responsabilidade penal objetiva representam regra na história do Direito Penal. Nesse contexto, Luigi Ferrajoli ilustra a vingança de sangue presente na vingança privada, o direito grego e o direito germânico medieval<sup>69</sup>. Outro exemplo está nas Ordenações Filipinas que dispõe de diversos dispositivos nos quais a punição além de atingir o sujeito que praticou o delito, atingia também os seus descendentes<sup>70</sup>.

Crerios objetivos que orientavam a aplicação do Direito Penal e, conseqüentemente, a responsabilização penal tratavam o homem como um objeto, refém dos seus vínculos afetivos, profissionais e, até mesmo, de parentesco, e não como um sujeito, um indivíduo titular de direitos e garantias fundamentais<sup>71</sup>.

Com o advento do Iluminismo, os mencionados modelos baseados na responsabilidade penal objetiva passaram a se tornar absolutamente incompatíveis com os direitos fundamentais de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Sebastián Borges de Albuquerque Mello:

[...] Um dos paradigmas ideológicos mais significativos do racionalismo ilustrado é a limitação do arbítrio estatal e a consideração da liberdade do homem como direito fundamental inato, próprio da condição humana. Nessa linha, tendem a soçobrar mecanismos de responsabilização que não considerem o referido direito fundamental. O racionalismo antropológico rechaçava a punição de alguém por fato alheio à manifestação de sua vontade livre e racional, e o resultado lesivo em si mesmo só poderia ser imputado a seu autor se houvesse causalidade e livre arbítrio<sup>72</sup>.

A ideia fundamental de que todos os homens são iguais e dotados de autonomia estabelece uma concepção metafísica que impede, ao menos em tese, que o Direito Penal utilize o homem como um objeto instrumentalizável, principalmente diante da

<sup>68</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*, Salvador: Juspodivm, 2010, p.92.

<sup>69</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer e outros, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.145.

<sup>70</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*, Op. Cit, p.93.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p.95.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 95.

circunstância de que a responsabilização não resulte da atuação livre e racional do sujeito autor da prática delitiva<sup>73</sup>. “A liberdade, tida como um axioma iluminista, faz com que o Direito Penal somente possa explicar-se partindo de uma visão do homem dotado de racionalidade e faculdades de atuação alternativa”<sup>74</sup>.

A possibilidade de escolha de comportamentos diferentes representa verdadeiro alicerce da censura penal, pois só se pode exigir de alguém que se comporte de acordo com os regramentos normativos, desde que se pressuponha que o sujeito é livre e possui a capacidade de autodeterminação<sup>75</sup>.

Nessa linha de intelecção, percebe-se o surgimento de um novo requisito orientador da responsabilização pessoal, qual seja, a culpabilidade, “que passou a ser identificada como um dos predicados do Direito Penal próprio de um Estado de Direito, um dos símbolos de respeito à autonomia e racionalidade do homem, e um limite à intervenção estatal”<sup>76</sup>.

A culpabilidade, compreendida como princípio, é inserida no âmbito jurídico penal com um viés essencialmente garantista, ou seja, de um Direito Penal interpretado e aplicado à luz dos direitos e garantias fundamentais, afirmando um pressuposto antropológico centrado na concepção de homem como sujeito autônomo e racional<sup>77</sup>.

Constata-se, portanto, que a partir da mudança paradigmática em termos de direitos e garantias fundamentais, impulsionada pelo Iluminismo, o sentido de afirmação do Direito Penal e, conseqüentemente, de responsabilidade criminal se encontra alicerçado numa concepção de liberdade.

Ou seja, a partir de então, só é possível estabelecer a aplicação do Direito Penal a partir de um sujeito, individualmente considerado, titular de direitos fundamentais e dotado de autodeterminação.

---

<sup>73</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*, Op. Cit, p.95.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p.95.

<sup>75</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Culpabilidad y Teoría del Delito*.v.1. Buenos Aires: Editorial B de F, 1995, p.73.

<sup>76</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*, Op. Cit, p. 96.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p.96.

### 3.1 A APROPRIAÇÃO DA DISCUSSÃO SOBRE LIBERDADE NA CULPABILIDADE

Verifica-se, nesse cenário, que se exige para fins de materialização da responsabilidade jurídica penal, mais do que um simples nexos causal, mas, sobretudo, que o sujeito seja capaz de orientar o seu livre arbítrio em conformidade com o Direito e que, caso assim não se comporte, será pessoalmente responsabilizado<sup>78</sup>.

A culpabilidade surge para afirmar o direito fundamental à liberdade, na medida em que serve como elemento limitador de mecanismos de intervenção punitiva às escolhas essencialmente autônomas e racionais do sujeito que atua<sup>79</sup>.

O juízo de imputação penal, de acordo com o Iluminismo, só pode ter, como fundamento, a decisão livre e consciente de um homem que possua capacidade de escolha. Vale dizer, é a ideia de liberdade consagrada como um parâmetro pretensamente inquestionável para o fundamento material da culpabilidade. O ponto de referência para a afirmação ou para a negação da culpabilidade reside exatamente na liberdade<sup>80</sup>. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias:

A liberdade da pessoa – por mais duvidosa que ela seja no seu *se* e no seu *como* – é o íntimo pressuposto comum a toda consideração da culpabilidade em sentido moderno; é este pressuposto, pois, que importa antes de mais nada prosseguir e esclarecer para que se determine materialmente o que é a culpabilidade de que se trata em Direito Penal<sup>81</sup>.

No início do século XIX, a liberdade, além de ser direito fundamental, consistia na natural consequência da capacidade de livre arbítrio do homem. A concepção de livre arbítrio exerceu uma substancial influência na formação do pensamento jurídico penal de maneira tal que o critério de responsabilização subjetiva foi recepcionado exatamente nos moldes do quanto estabelecido pela Escola Clássica<sup>82</sup>.

O subjetivismo, elemento caracterizador do pensamento da citada escola penal representa um corolário do livre-arbítrio. Francesco Carrara, consoante já ilustrado,

---

<sup>78</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*, Op. Cit, p. 96.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p.96.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p.97.

<sup>81</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 232.

<sup>82</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*, Op. Cit, p.98.

sustenta que a responsabilidade moral, decorrente da vontade livre e consciente, é um antecedente necessário e suficiente para a responsabilidade política<sup>83</sup>.

A força moral do delito, segundo entendimento esposado por Francesco Carrara é composta de: “1) conhecimento da lei;2) previsão dos efeitos; 3) liberdade de eleição;4) vontade de agir”<sup>84</sup>. Os dois primeiros elementos revelam a inteligência e os dois últimos a vontade. Assim, o referido autor, principal expoente do pensamento penal da Escola Clássica, afirma que a liberdade é um atributo essencial da vontade, não havendo que se falar em liberdade sem vontade<sup>85</sup>.

O postulado do livre arbítrio, assim compreendido na capacidade de decidir, racionalmente, representa uma inegável evolução no âmbito dos critérios para afirmar ou não a responsabilidade penal, sendo de decisiva importância para o desenvolvimento jurídico penal do conceito de culpabilidade<sup>86</sup>.

Todavia, torna-se preciso registrar que o livre-arbítrio tem ocupado um largo espaço nas discussões sobre o fundamento da culpabilidade e, portanto, do juízo de imputação pessoal, cujas correntes podem ser separadas em concepções deterministas e concepções indeterministas<sup>87</sup>.

### 3.2 CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO, LIMITE E FUNDAMENTO DA PENA

Os conceitos de pena e de Estado possuem uma relação essencial, haja vista que, conforme já observado, o desenvolvimento do Estado também pressupõe um desenvolvimento do conceito de pena. Como sustentam Juan Bustos Ramirez e H. Hormazabal Malarée é preciso analisar o modo de produção do Estado para melhor compreender a sanção penal<sup>88</sup>.

Nesse contexto, pode-se afirmar que os conceitos de Estado, de pena e de culpabilidade são inter-relacionados, como verdadeiros vasos comunicantes. Na medida em que o Estado, com todas as suas contingências, evolui o Direito Penal, contemplando todos os seus institutos fundamentais, também progride. Aliás, é fundamental ressaltar, também,

---

<sup>83</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal, Op. Cit*, p.69.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p.70-71.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p.71.

<sup>86</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana, Op. Cit*, p.99.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p.99.

<sup>88</sup> RAMIREZ, Juan Bustos e MALARÉE, H. Hormazabal. *Pena y Estado*, in *Bases críticas de um nuevo Derecho Penal*, Bogotá, Temis, p.87.

que a evolução da categoria jurídico-penal materializada na culpabilidade corresponde a uma evolução da própria teoria do delito<sup>89</sup>.

A definição de um conceito de culpabilidade demanda uma efetiva justificativa do “por que” e “para que” se deve aplicar uma sanção penal a um sujeito autor de um injusto.

Nesse sentido, afirma Winfried Hassemer:

Evidentemente, os fins da pena, como teorias que indicam a missão que tem a pena pública, são um meio adequado para concretizar o juízo de culpabilidade. Uma concreção do juízo de culpabilidade, sob o ponto de vista dos fins da pena, promete, além do mais, uma harmonização do sistema jurídico-penal, um encadeamento material de dois setores fundamentais, que são objeto hoje dos mais graves ataques por parte dos críticos do Direito Penal<sup>90</sup>.

Segundo esse horizonte, ao Direito Penal é atribuída uma tripla acepção do conceito de culpabilidade, quais sejam: culpabilidade como princípio, como limite e como fundamento da pena.

Carlos Künsemüller Loebenfelder afirma que o princípio da culpabilidade representa uma exigência essencial do respeito à dignidade da pessoa humana, de modo que a imposição de uma pena ausente a culpabilidade, pressupõe a utilização do ser humano como um instrumento para obtenção de fins sociais<sup>91</sup>.

Como se sabe, a consagração da culpabilidade como princípio de tamanha envergadura constitucional revela uma resposta à violenta instrumentalização que o Direito produziu no contexto nacional-socialista a fim de atingir seus perversos fins, lesivos aos direitos fundamentais da pessoa humana<sup>92</sup>.

Winfried Hassemer destaca que o princípio da culpabilidade representa o elo entre o acontecimento exterior e o comportamento do sujeito, de maneira que a pena se justifica, sobretudo, pela responsabilidade de um ser humano<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p.523.

<sup>90</sup> HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p.290.

<sup>91</sup> LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y Pena*. jurídica de Chile.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p.52. Vale salientar, nesse contexto, a Escola de Kiel, também denominada de Escola Sintética, vigente no século XX, que possuía como principais expoentes Dahm e Schaffstein. A citada Escola, em postura de reação ao avanços proporcionados pela filosofia neokantiana, justificava as barbaridades penais cometidas, cujo pensamento chegou a ser identificado como “Direito Penal Nacional-Socialista”. Nesse sentido, vale conferir: SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

<sup>93</sup> HASSEMER, Winfried. *Culpabilidad*. Tradução de Pablo Alflen da Silva. *Revista de Estudos Criminais*, n.3, 2001, p.22.

Alberto Binder afirma que o princípio da culpabilidade nasce para evitar toda e qualquer forma de responsabilidade objetiva, seja a responsabilidade oriunda da mera causalidade, seja pela orientação de atributos pessoais do autor<sup>94</sup>.

Mercedes Pérez Manzano sinaliza que o significado fundamental do princípio da culpabilidade radica na subjetivização da responsabilidade penal centrada na exclusão da responsabilidade objetiva<sup>95</sup>. Nas suas próprias palavras:

Portanto, a subjetivização da responsabilidade que implicou, no século XIX, no surgimento do princípio da culpabilidade, supõe as seguintes premissas: que a pena só pode ser imposta a uma pessoa física (excluindo-se animais e pessoas jurídicas), que a pena só pode se impor se entre o sujeito e o resultado havia um nexo psicológico baseado no dolo e na culpa (excluindo-se o caso fortuito) e que a pena se impõe individualmente ao sujeito imputável que realiza o ato (excluindo-se a responsabilidade por razão de parentesco ou dependência e inimputabilidade)<sup>96</sup>.

Percebe-se, portanto, que como princípio, a culpabilidade pode ser compreendida como sinônimo de responsabilidade penal subjetiva, no sentido de que nenhuma pena passará do sujeito que praticou o fato típico e antijurídico, seja na condição de autor, coautor ou partícipe, como, também, que tal reprimenda só pode ser imposta a título de dolo ou culpa, com vista a afastar a responsabilidade objetiva<sup>97</sup>.

A culpabilidade, como limite ou medida da pena, relaciona-se com o conceito de proporcionalidade. Vale dizer, a culpabilidade representa, também, o grau de reprovabilidade de cada conduta praticada em determinado contexto ou, como pontua Paulo César Busato:

Admitida a culpabilidade como expressão de subjetividade, ou de decisão do sujeito em favor da prática delitiva, é óbvio que essa decisão será sempre circunstancial e relacionada a uma postura de maior ou menor enfrentamento aos valores sociais protegidos normativamente<sup>98</sup>.

Diante de um contexto delitivo é possível conceber condutas com graus de reprovação diferenciados, daí porque a intensidade da culpabilidade refletirá, essencialmente, na quantidade e modalidade da pena a ser aplicada.

<sup>94</sup> BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2004, p.93.

<sup>95</sup> MANZANO, Mercedes Pérez. *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, p.56.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p.56, no original: “Portanto, la subjetización de la responsabilidad que implicaba en el siglo XIX el principio de culpabilidad suponía las siguientes premisas: que la pena sólo puede imponerse a una persona física (excluyéndose animales y personas jurídicas); que la pena solo puede imponerse si entre el sujeto y el resultado media un nexo psicológico concretado en el dolo o la culpa (excluyéndose el caso fortuito), y que la pena se impone individualmente al sujeto imputable que realiza el acto (excluyéndose la responsabilidad por razón de parentesco o dependência e inimputabilidad)”.

<sup>97</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito Penal Parte Geral, Op.Cit*, p.525.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p.525.



Como fundamento da pena, a culpabilidade se refere ao fato de ser possível ou não a aplicação da pena a um sujeito autor de um fato típico e antijurídico. Para tanto, deve-se levar em consideração alguns requisitos, como a capacidade de culpabilidade ou imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, de modo que a ausência de qualquer um desses elementos é suficiente para impedir a aplicação da sanção penal<sup>99</sup>.

Percebe-se que, desse contexto, derivam algumas consequências fundamentais: não se pode ser responsabilizado pela personalidade ou pelo modo de ser, mas sim pelo que se fez; não é possível manter um sistema jurídico em critérios exclusivamente preventivos sem violar a dignidade da pessoa humana ou instrumentalizar o indivíduo; a vinculação da imposição da sanção penal está essencialmente associada ao grau de participação do sujeito na violação do resultado antijurídico e, por fim, mas não menos relevante, a imposição da pena ao sujeito só se materializa a título de dolo ou culpa<sup>100</sup>.

O Direito Penal moderno repousa a suas raízes no conceito de que não é possível aplicar uma pena pelo simples fato de o sujeito ter lesionado um bem jurídico penalmente relevante, mas se, e somente se, revela-se como resultado de uma ação injusta e culpável. Esse é um postulado de garantia da liberdade humana que foi elevada, em numerosos países do mundo civilizado, a categoria de norma constitucional<sup>101</sup>.

Por outro lado, torna-se relevante sinalizar, consoante será verificado mais adiante, que alguns autores buscaram substituir a culpabilidade por outros conceitos ou, ainda, pretenderam atribuir um novo fundamento material da culpabilidade, que não o “poder atuar de outro modo”. Assim, pode-se citar, apenas a título de ilustração, pois será melhor explorado em tópico oportuno, as contribuições de Günther Jakobs, Claus Roxin e Klaus Günther.

---

<sup>99</sup> LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y Pena*, Op. Cit, p.55. Vale registrar, nesse sentido, que alguns doutrinadores defendem a concepção de culpabilidade como pressuposto da pena. Vale dizer, segundo essa concepção a culpabilidade não integraria o conceito analítico de crime, este seria compreendido como fato típico e antijurídico, de modo que a culpabilidade representaria verdadeiro pressuposto de aplicação da reprimenda penal. Nesse sentido é possível citar, apenas a título de ilustração, alguns dos seus defensores: Damásio de Jesus, Celso Delmanto, Júlio Fabbrini Mirabete, Renê Ariel Dotti e outros.

<sup>100</sup> MANZANO, Mercedes Pérez. *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Op Cit, p. 58

<sup>101</sup> LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y Pena*, Op. Cit, p.57.

### 3.3 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE E SUAS DIVERSAS CONCEPÇÕES DE LIBERDADE

Consoante já se pôde observar, a interpretação do conceito de culpabilidade à luz dos três sentidos aludidos, demonstra que o juízo de imputação da pena ao sujeito que praticou uma infração penal deve estar umbilicalmente associado com os postulados do Estado Democrático de Direito e alicerçado nos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, torna-se relevante frisar que o abandono da concepção tradicional de culpabilidade vem acompanhado da busca de um conceito de culpabilidade estritamente jurídico, distante de toda a concepção de reprovação moral e da ideia da pena retributiva<sup>102</sup>.

José Cerezo Mir observa na culpabilidade uma verdadeira necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana, de maneira que a imposição de pena, sem culpabilidade ou para além da culpabilidade, haverá uma utilização do ser humano como mero instrumento para a consecução de fins sociais, revelando para um odioso retrocesso em termos de direitos fundamentais<sup>103</sup>.

Como assinala Sebastián Borges de Albuquerque Mello:

Os direitos fundamentais inerentes à dignidade humana exigem que o Estado respeite o indivíduo e, como um corolário lógico dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, oportunize ao indivíduo evitar a prática do delito. No entanto, é importante observar que todas estas dimensões da ideia de culpabilidade possuem um elemento caracterizador em comum, que é o respeito à condição humana, e como maneira de impedir o Estado de vulnerar os direitos fundamentais dos indivíduos<sup>104</sup>.

É de clareza solar a importância que a culpabilidade, enquanto princípio, limite e fundamento da pena, assume no atual estágio do Direito Penal, pois afirma a necessidade de interpretá-lo à luz da Constituição Federal Brasileira e de orientar a atuação do poder punitivo estatal, a partir do irrenunciável postulado da culpabilidade do sujeito.

<sup>102</sup> LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y Pena*, Op. Cit, p.58.

<sup>103</sup> CERZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, v.III – Teoría jurídica do delito/2,5, reimpr. Madrid: tecnos, 2005, p.145.

<sup>104</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op Cit, p.107.

A Alemanha, nas últimas décadas do século XIX, foi o palco jurídico responsável por apresentar a culpabilidade como categoria autônoma e desvinculada da concepção de ilicitude. “Até o surgimento da teoria psicológica, ilicitude e culpabilidade confundiam-se, não havendo diferenciação e autonomia entre os seus conceitos, que faziam parte, então, de uma categoria única dentro da estrutura do delito”<sup>105</sup>.

Nas palavras de Jaime Couso Salas:

Em resumo, se se afirma que a categoria sistemática “culpabilidade” se constrói umas décadas antes do fim do século XIX, isso quer dizer, em princípio, somente que o conceito de culpabilidade passa a ocupar o lugar que antes ocupava o conceito “imputação”<sup>106</sup>.

Na medida em que a culpabilidade vai conquistando a sua autonomia, como elemento integrante e independente do injusto penal, ela passa a ser compreendida para além da vedação a responsabilidade penal objetiva, mas, como uma categoria dogmática limitadora do *jus puniendi* do Estado<sup>107</sup>.

Todavia, nesse momento inicial, o estudo da culpabilidade estava inserido em um contexto de auge das ciências naturais e, exatamente por isso, limitado por um único conceito científico. Nesse cenário, “de abandono de digressões de natureza metafísica”<sup>108</sup> é que surgiu a denominada Teoria Psicológica da Culpabilidade<sup>109</sup>.

### 3.3.1 A Concepção Psicológica da Culpabilidade

Ao enunciar o conceito de delito sob a base da causalidade, a concepção psicológica caminha sob os mesmos trilhos nos quais caminhou e se desenvolveu as ciências naturais dominantes no século XIX, de analisar e interpretar os fenômenos à luz das ciências naturais<sup>110</sup>. Como defende Juarez Tavares:

Os fenômenos estariam todos submetidos as leis naturais e poderiam ser conhecidos e cientificamente equacionados, direcionados ou modificados mediante uma utilização adequada dessas leis. A ciência é mais uma ciência

<sup>105</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana, Op Cit*, p.117.

<sup>106</sup> COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad.Historia, Teoría y Metodología*. Tirant lo blanch: Valencia, 2006, p.63, no original: “En resumidas cuentas, si se afirma que la categoria sistemática *culpabilidad* se construye unas décadas antes del fin del siglo XIX, eso quiere decir, em princípio, solamente que el concepto <<culpabilidad>> pasa a ocupar el lugar que antes acupaba el concepto <<imputación>>”.

<sup>107</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana, Op Cit*, p.119.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p.119.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p.119.

<sup>110</sup> TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.24, v. 6, 1998, p.145-156.

da descoberta do que propriamente uma ciência da criação. E mesmo no âmbito das invenções, que tanto revolucionaram a vida humana em geral, o seu resultado seria, no fundo, o produto de uma utilização exitosa desses fenômenos e de uma adequada manipulação das leis que os regulavam<sup>111</sup>.

Na segunda metade do citado século surgiu a chamada concepção psicológica da culpabilidade, a qual era perfeitamente coerente com as premissas metodológicas que prevaleciam sob a influência do positivismo<sup>112</sup>.

Franz Von Liszt, principal expoente da citada teoria, era considerado um defensor do determinismo, colocando-se em oposição à ideia do livre-arbítrio como fundamento do Direito Penal. A culpa, para o suscitado autor, não possuía nenhuma relação com a liberdade de poder atuar de outro modo, mas com a responsabilidade pelo resultado produzido<sup>113</sup>. Sobre isso, Couso Salas:

Em relação à concepção psicológica da culpabilidade, há de se refletir sobre seu fundamento garantista, vez que vincula a possibilidade de imposição de pena a critérios completamente objetiváveis e verificáveis com os métodos das ciências naturais, com o que a intervenção punitiva se submete a limites mais certos que os que derivariam da especulação metafísica: deve-se comprovar a existência da relação psicológica concreta em que consiste a culpabilidade<sup>114</sup>.

Com efeito, o predomínio do pensamento mecanicista e, sobretudo, do denominado “dogma causal”, “dilui em forma reductiva a culpabilidade, convertendo-a em uma simples conexão causal subjetiva, simultânea e paralela ao nexos de atribuição objetiva”<sup>115</sup>. Vale dizer, a teoria psicológica se respalda em um sistema bipartido de ilícito que separa seus elementos objetivos e subjetivos – injusto e culpabilidade – situando-os em categorias analíticas diferenciadas<sup>116</sup>.

<sup>111</sup> TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, Op. Cit, p.146.

<sup>112</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Montevideo-Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2004.

<sup>113</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op Cit, p.120.

<sup>114</sup> COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad. História, Teoría y metodología*, Op.Cit, p.80, no original: “En relación a la concepción psicológica de la culpabilidad, se ha destacado su fundamento garantista, dado que vincula la posibilidad de imposición de pena a criterios completamente objetivables y verificables con los métodos de las ciencias naturales, con lo que la intervención punitiva se somete a límites más ciertos que los que derivarían de la especulación metafísica: debe comprobarse la existencia de la relación psicológica concreta em que consiste la culpabilidad”.

<sup>115</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Op.Cit, p.120, no original: “diluyen en forma reductiva a la culpabilidad convirtiendola en una simple conexión causal subjetiva, simultânea y paralela al nexos de atribución objetiva”.

<sup>116</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op Cit, p.121.

No causalismo, a ação é definida como um movimento corporal voluntário, ausente conteúdo da vontade, provocador de uma alteração no mundo exterior, e representa, nessa medida, a expressão de uma conduta eminentemente objetiva<sup>117</sup>.

Nessa esteira de intelecção, é possível apontar três elementos do ato, quais sejam, a exteriorização da vontade completamente desvinculada do resultado; o resultado, ou seja, uma mudança no mundo exterior e, por fim, a relação causal entre tal manifestação de vontade e o resultado<sup>118</sup>.

A culpabilidade, nesse cenário causal, é definida como a relação subjetiva do autor com o fato praticado, daí porque é caracterizada como culpabilidade psicológica, cujos elementos subjetivos, quais sejam, dolo e culpa, representam verdadeiras formas ou espécies de culpabilidade e não elementos da mesma<sup>119</sup>.

Juarez Cirino dos Santos assevera que de um lado, a atribuição dos elementos subjetivos à culpabilidade e de outro, a atribuição dos elementos objetivos na tipicidade revela as duas bases da culpabilidade psicológica: “primeiro, injusto e culpabilidade se relacionam como dimensões objetiva e subjetiva do fato punível; segundo, a relação psíquica do autor com o fato existe sob as formas psicológicas do dolo e da imprudência<sup>120</sup>”.

Ernst Von Beling também identifica a culpabilidade como a relação do autor com o resultado, sua vinculação subjetiva com o fato realizado, que configura uma matéria estranha ao tipo objetivo<sup>121</sup>.

Vale registrar aqui também o pensamento de Franz Von Liszt:

I.O injusto criminal, como delito civil, é ação culposa. Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva. Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido. No Direito Penal, trata-se somente do fato de incorrer o agente em responsabilidade criminal; a desaprovação da ação ao mesmo tempo pronunciada, o juízo sobre o seu

---

<sup>117</sup> TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, Op.Cit, p.147.

<sup>118</sup> COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad. História, Teoría y metodología*, Op.Cit, p.82.

<sup>119</sup> TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, Op.Cit, p.149.

<sup>120</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.175.

<sup>121</sup> BELING, Ernst Von Beling. *Esquema de derecho penal*. Trad.de Sebastián Soler. Depalma.Buenos Aires, 1994, p.114.

valor jurídico ou moral (acentuado por Merkel) é – em relação àquele fato e, portanto, à ideia da culpa- circunstância, completamente acessória [...] <sup>122</sup>.

Outra questão que merece ser destacada é a posição que a imputabilidade, no contexto da Teoria Psicológica, ocupa na Teoria do Delito. Para Franz Von Liszt, a imputabilidade é considerada pressuposto da culpabilidade e pode ser traduzida como a possibilidade de atuação normal. Ou seja, constatado que o sujeito atua normalmente, ele tem capacidade de culpabilidade e, portanto, de atuar dolosa ou culposamente <sup>123</sup>.

Importante asseverar, assim, que para o aludido autor não havia um fundamento material para se afirmar ou negar a culpabilidade, como também, não era a concepção de livre arbítrio que orientava a materialização do Direito Penal, antes pelo contrário. Este se consubstanciava, desde que fosse possível revelar o liame psicológico do autor com o fato.

Observa-se, com alguma facilidade, os méritos da teoria psicológica que representou essencial inovação sistemática, afirmando a culpabilidade, definitivamente, como categoria integrante da concepção analítica de delito e conferindo-lhe, por consequência, autonomia <sup>124</sup>.

No Brasil, por exemplo, alguns doutrinadores de elevado prestígio aderiram a teoria psicológica da culpabilidade, como por exemplo: Basileu Garcia, Roberto Lyra Filho, Costa e Silva e Galdino Siqueira <sup>125</sup>.

Impõe ressaltar, todavia, que a compreensão de culpabilidade psicológica apresenta algumas críticas relevantes que decorrem da substancial falha de conferir excessiva importância ao desvalor do resultado, legitimando uma imposição de responsabilidade extrínseca ao agente <sup>126</sup>.

Reinhard Frank sustenta, como crítica à culpabilidade psicológica, que se o conceito de culpabilidade não abarca nada mais do que dolo e culpa, restaria impossível identificar

---

<sup>122</sup> LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas/SP: Russell, 2003, p. 259-260.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p.261.

<sup>124</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op Cit, p.125.

<sup>125</sup> GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. *Direito penal: parte geral*. v.2. São Paulo: RT, 2007, p.95.

<sup>126</sup> TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, Op. Cit, p. 151

uma causa exculpante apta, portanto, a excluir a culpabilidade, nada obstante o sujeito haver atuado com dolo ou com culpa<sup>127</sup>.

Hans Welzel afirma que a mais flagrante crítica à teoria psicológica reside em não conseguir explicar a culpa inconsciente, visto que nesta não é possível afirmar a existência de relação anímica entre o sujeito e o resultado por ele produzido<sup>128</sup>.

Relevantes também são as considerações de Sebastián Borges de Albuquerque Mello:

Numa perspectiva voltada para o respeito à pessoa e a proteção à dignidade da pessoa humana, percebe-se que a culpabilidade psicológica não realiza a dignidade humana, porque universaliza e engessa a culpabilidade em elementos subjetivos avalorativos, os quais, muito mais que servir para consagrar a imputação subjetiva, têm a pretensão de conferir certeza e segurança na decisão judicial. A rigidez de suas categorias sistemáticas não permite a graduação no conceito de culpabilidade, e, nessa consequência, não permite tomar em consideração o homem como fim em si mesmo [...]<sup>129</sup>.

Diante de tais consideráveis equívocos sobre a compreensão da estrutura do delito em que incorreu a teoria psicológica, e já avançando para a teoria psicológico-normativa, é possível citar, inicialmente, as relevantes considerações de Reinhard Frank, unanimemente reconhecido como o fundador da teoria normativa da culpabilidade, posteriormente as lições de James Goldschmidt e, enfim, Berthold Freudenthal.

### 3.3.2 As Contribuições dos Normativistas para a Culpabilidade

A teoria psicológica da culpabilidade perdurou no cenário jurídico penal até o início do século XX, quando, gradativamente, a Teoria do Delito foi interpretada por um novo sistema que se denominou neokantismo ou teoria psicológico-normativa da culpabilidade<sup>130</sup>.

O positivismo, segundo Luís Roberto Barroso, tornou-se, no início do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica se pautava na busca pelo desenvolvimento de ideias e conceitos estritamente dogmáticos e baseados na cientificidade. Segundo ele, o Direito reduzia-se ao conjunto de normas e, enquanto dogma era considerado como um

---

<sup>127</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Op.Cit, p.122.

<sup>128</sup> WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.90.

<sup>129</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op Cit, p.125.

<sup>130</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Op.Cit, p.123.

sistema perfeito. Com o tempo, o positivismo passou a sofrer críticas contundentes de diversas procedências, até sofrer uma dramática derrota histórica<sup>131</sup>.

Como se sabe, as duas primeiras décadas do século XX evidenciam a crise do capitalismo imperialista, que culminou na Primeira Guerra Mundial e na ascensão do socialismo, com o surgimento, enfim, da União Soviética. Essa nova realidade acarretou, no âmbito constitucional, a figura de um Estado intervencionista, revelado pela Constituição Mexicana de 1919 e pela Constituição de Weimar, na Alemanha<sup>132</sup>.

Percebe-se, nessa conjuntura, o surgimento de um Estado preocupado com questões sociais e intitulado sob a etiqueta “Welfare State” ou Estado do Bem estar Social, que, para além de perquirir uma conciliação entre Estado e a sociedade, introduz os direitos fundamentais denominados de “segunda dimensão”, quais sejam, os direitos econômicos, sociais e culturais<sup>133</sup>.

Instaura-se, portanto, uma mudança de paradigma que, de um lado, rompe com a neutralidade axiológica própria do positivismo e, por outro, começa a reintroduzir valores no pensamento jurídico, de modo que o sistema preconizado por Fran Von Liszt embora ainda necessário, não se revelava mais suficiente.

O neokantismo surge, então, como reação ao positivismo, questionando o “título” de ciência, apenas, às ciências denominadas naturais. De acordo com tal corrente do pensamento, há ciências da cultura que não se baseiam nas premissas das ciências naturais e que, nem por isso, deixam de ser ciências, de modo que, o Direito, concebido enquanto ciência, também deveria se valer de conceitos referidos a valores<sup>134</sup>.

Todo esse panorama político, social e, notadamente, jurídico viabilizou o cenário para que se estabelecesse um novo sistema do delito, conhecido como sistema psicológico-normativo que, aliado às insuficiências dogmáticas da teoria psicológica da

---

<sup>131</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2008.

<sup>132</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.130.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p.130.

<sup>134</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana, Op Cit*, p.129.



culpabilidade propiciou uma verdadeira modificação no seu conceito, contemplando questões valorativas.

Ou seja, a culpabilidade deixa de ser encarada como uma simples representação psicológica do autor com o fato praticado e passa a ser interpretada, também, como um juízo de desvalor em face do injusto<sup>135</sup>.

Mariano Melendo Pardos afirma que Achenbach realizou um estudo sobre o conceito sistemático de culpabilidade, a partir da sua elaboração normativa. A espinha dorsal de seus estudos reside em propiciar uma ampla interpretação sobre o conteúdo da culpabilidade, distanciando-se do seu conceito puramente psicológico e inserindo conceitos que demandam determinado juízo de valor<sup>136</sup>.

A fim de melhor compreender o estudo de Achenbach, o mencionado autor sustenta que é preciso levar em conta três concepções de teorias normativas:

Enquanto as teorias, prescindindo das secundárias, distingue as seguintes: 1. Concepções etizantes; 2. Teorias para as quais a culpabilidade tem um elemento normativo; 3. Teorias para as quais a culpabilidade é de caráter normativo (teoria do caráter normativo da culpabilidade)<sup>137</sup>.

Segundo as teorias etizantes, cujos representantes são M.E. Mayer, Dohna e Sturm, o núcleo da culpabilidade representa uma contrariedade ao dever eticamente determinado. Seu ponto crítico reside na sua indeterminação, haja vista que ao se valer de um juízo de valor moral indeterminado, confere ao Juiz amplos poderes para decidir a favor ou contra a punição<sup>138</sup>.

As teorias de caráter normativo da culpabilidade atribuem ao conceito de culpabilidade, de maneira genérica, um caráter normativo, jurídico e não ético<sup>139</sup>. “Encontram na essência da culpabilidade uma valoração, mas não situam o juízo de valor no suposto de fato da culpabilidade [...]”<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad: historia, teoria y metodología*, Op. Cit, 2006, p.83.

<sup>136</sup> PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*. Granada, 2002, p.29.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p.29, no original: “En cuanto a las teorías, prescindiendo de las secundarias, distingue las siguientes: 1. Concepciones etizantes; 2. Teorías para las que la culpabilidad tiene un elemento normativo; 3. Teorías para las que la culpabilidad en general es de carácter normativo (teoría del carácter normativo de la culpabilidad)”.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p.32.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p.33.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p.33, no original: “Encuentran la esencia de la culpabilidad en una valoración, pero no sitúan el juicio de valor mismo en el supuesto de hecho de la culpabilidad”.

A concepção mais recente reside nas teorias do elemento normativo da culpabilidade que inserem um específico elemento normativo junto aos demais elementos da culpabilidade<sup>141</sup>. Vale dizer, “que querem incluir um elemento normativo (valorativo) já no suposto de fato da culpabilidade”<sup>142</sup>.

Reinhard Frank, situado na metade do caminho entre a escola clássica do positivismo jurídico e a nova escola sociológica é também unanimemente conhecido como o fundador da teoria normativa da culpabilidade<sup>143</sup>.

O citado autor enriquece o conteúdo do elemento subjetivo do ilícito, introduzindo o pensamento normativo. Para Reinhard Frank, integra a culpabilidade, além do elemento subjetivo materializado no dolo e na culpa, a imputabilidade – que deixa de ser pressuposto como defendiam os causalistas – e as “circunstâncias concomitantes” que representariam, segundo ele, a medição da culpabilidade, podendo, inclusive, chegar a excluí-la.<sup>144</sup>

Sobre a correta compreensão e posição da imputabilidade, Reinhard Frank sustenta:

Por meio do conceito de dolo entende Birkmeyer (§16): ‘a vontade de uma ação apesar da representação de todas aquelas características que fazem delitivas’. Essa definição não é completa, pois não contém os elementos da culpabilidade. Ou, se é completa não se entende de que maneira a imputabilidade pode ser um pressuposto do dolo, posto que também um enfermo mental pode querer a ação<sup>145</sup>.

Nessa esteira de inteligência, afere-se que para que possa recair sobre a conduta do sujeito a reprovabilidade, mister se faz analisar os seguintes pressupostos: a) uma atitude normal do autor, ou seja, a sua imputabilidade; b) uma concreta relação psíquica do autor com o fato em questão e c) a normalidade das circunstâncias sob as quais o autor atua<sup>146</sup>.

---

<sup>141</sup> PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Op.Cit, p.34.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p.34, no original: “que quieren incluir un elemento normativo (valorativo) ya en el supuesto de hecho de la culpabilidad”.

<sup>143</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Op.Cit, p.33.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p.34

<sup>145</sup> *Ibidem*, p.34, no original: “Bajo el concepto de dolo entiende Birkmeyer (§16) ‘la voluntad de una acción a pesar de la representación de todas aquellas características que la hacen delictiva’. Esta definición no es completa porque no contiene los elementos de la culpabilidad, o si es completa, no se entiende de qué manera la imputabilidad pueda ser así un presupuesto del dolo, puesto que también un enfermo mental puede querer la acción e así representarse los elementos que la hacen delictiva y hasta puede saber que es un delito”.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 35.

À luz dessa concepção da estrutura do delito, o mencionado normativista considera o estado de necessidade como uma autêntica causa de exclusão da culpabilidade, enquanto que as “circunstâncias concomitantes” se referem a “motivação normal” representando, em última análise, uma maneira de determinar o grau de exigibilidade<sup>147</sup>.

A grande contribuição de Reinhard Frank foi o seu conceito inaugural de reprovabilidade (*Vorwerfbarkeit*). Com efeito, segundo o referido autor, culpabilidade é reprovabilidade, no sentido de que evidencia a possibilidade de imputar a um sujeito culpabilidade pela realização de uma conduta proibida, daí porque, consegue-se vislumbrar o seu perfil normativo, pois a reprovabilidade significa uma valoração (negativa) de uma conduta desaprovada<sup>148</sup>. Veja-se:

Na busca de uma expressão breve de contenha todos os mencionados componentes do conceito de culpabilidade, não encontro outra que a reprovabilidade. Culpabilidade é reprovabilidade. Essa expressão não é linda, mas não conheço outra melhor<sup>149</sup>.

Constata-se, dos estudos desenvolvidos por Reinhard Frank, a existência de elementos efetivamente necessários para a construção de um conceito normativo de culpabilidade. Percebeu que o juízo de culpabilidade deve ser individualizado à luz das circunstâncias e contingências concretas do sujeito, revelando-se insuficiente pautar a culpabilidade apenas no liame subjetivo do indivíduo<sup>150</sup>.

Todavia, houve diversas críticas a formulação conceitual do referido autor, pois, tendo em vista as circunstâncias anormais, ele não apresentou nenhuma justificativa para dosar o grau de culpabilidade em tais situações; de igual modo, não identificou o que são circunstâncias normais ou anormais, razão porque acabou por provocar alterações na sua obra, principalmente no que tange às circunstâncias concomitantes, que passaram a ser referidas como “motivação normal”<sup>151</sup>.

Vale ressaltar, no atual momento do estudo, que o pensamento normativista não pode ser concebido como um único movimento de ideias harmônicas, mas, antes pelo contrário. O que se contatará é diversas interpretações sobre o mesmo fenômeno que, porém, radicam na compreensão mais ampla do conceito de culpabilidade.

<sup>147</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, *Op.Cit*, p.37.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p.39.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p.39, no original: “En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor”.

<sup>150</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, *Op Cit*, p.137.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p.138.

Assim, avançando entre os normativistas, James Goldschmidt afirma que o adjetivo “normativo” que se empregou a culpabilidade, denota uma relação entre a conduta do autor e uma norma de dever<sup>152</sup>.

Vale dizer, a construção normativa do citado autor é orientada pelas concepções desenvolvidas por Immanuel Kant. Para James Goldschmidt, sua teoria representa a aplicação dos postulados Kantianos no âmbito jurídico, pois, segundo Immanuel Kant, toda legislação contempla duas partes necessárias, quais sejam: a que prescreve a ação que deve ser realizada como um verdadeiro deve, e a aquela que identifica o elemento subjetivo do sujeito essencialmente relacionado com a representação da lei, ou seja, a parte que representa o dever como o motivo<sup>153</sup>.

Assim, defende a existência de norma de dever que assume autonomia e independência da norma de ação. Vale dizer, coloca junto à norma jurídica, outra que é denominada de norma de dever, estabelecendo-se que a primeira regula a conduta exterior, ao passo que a segunda se refere ao comportamento interno do sujeito. Em outras palavras, afirma James Goldschmidt que a norma de dever obriga o indivíduo a motivar sua conduta, conforme a representação que tenha sobre sua ação<sup>154</sup>.

A reprovabilidade, assim, aparece como o deixar-se de motivar pela representação do dever. Culpabilidade é, para o referido doutrinador, a atribuição de tal fato a uma motivação reprovável<sup>155</sup>. Nas palavras de James Golschmidt:

[...] A norma de dever só é observada se o motivo do dever se manteve contra os motivos que lhe são opostos. E só se viola se houver sucumbido. Mas só se sucumbe quando se realiza uma atuação de vontade contrária ao dever, dirigida a um resultado antijurídico. Por conseguinte, pode, com efeito, existir uma ‘legalidade imoral’, mas não pode existir uma ‘legalidade culpável contrária ao dever’ [...]<sup>156</sup>.

Vale ressaltar, ainda, que o mencionado autor entende que a norma de dever registra o limite extremo da exigibilidade que representará o fundamento das causas de exclusão da culpabilidade, ou seja, quando a motivação anormal ao cumprimento da norma de

<sup>152</sup> GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2ª Edición. Montevideo – Buenos Aires. Julio César Faira – Editor, 2002, p.90.

<sup>153</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op Cit, p.140.

<sup>154</sup> GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*, Op. Cit, p.91.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p.92.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p.92, no original: “La norma de deber solo es observada si el motivo de deber se ha mantenido contra los motivos que se le han opuesto, e solo se ha violado si há sucumbido. Pero él sucumbe solamente cuando se ha realizado una actuación de voluntad contraria al deber, dirigida hacia un resultado antijurídico. Por consiguiente, puede, en efecto, existir una “legalidad inmoral”, pero no puede existir una “legalidad culpable contraria al deber””.

dever não se revelar reprovável penalmente. Assim, conclui que a motivação anormal constitui exceção à norma de dever<sup>157</sup>.

Observa-se que a concepção normativa da culpabilidade articulada por James Goldschmidt fundamenta normativamente as causas de exculpação que se diferenciam das causas de exclusão da ilicitude, vez que as causas de exclusão da culpabilidade residem na existência de um motivo subjetivo aceitável<sup>158</sup>.

A compreensão da culpabilidade, enquanto violação de uma norma subjetiva de dever, contribui na valorização do sujeito, pois leva em consideração as suas motivações internas para a prática de um injusto penal. Todavia, ao se valer do paradigma do homem médio e, portanto, da estrutura de uma motivação normal, acaba por não privilegiar o aspecto individual do sujeito que atua<sup>159</sup>.

Por fim, vale ressaltar que Berthold Freudenthal inaugura, na sua construção da ideia de exigibilidade, o poder de atuação alternativa. O citado penalista insere definitivamente a exigibilidade no terreno da culpabilidade material, desassociando-o, assim, do injusto e de sua relação com a antijuridicidade, razão porque a inexigibilidade de outra conduta passará a gravitar, a partir desse momento, como causa de exclusão da culpabilidade<sup>160</sup>.

Para Berthold Freudenthal, o dever de evitar a conduta ilícita deve ser analisado à luz das circunstâncias e contingências do fato concreto. Registre-se, ainda, que para ele o “poder do autor” se assenta no indeterminismo, ou seja, na faculdade de autodeterminação do homem e, portanto, na concepção de livre arbítrio do sujeito e na sua capacidade de representação conforme sentido<sup>161</sup>. Nas palavras do mencionado jurista:

A opinião dominante sobre a teoria e a prática comprova, onde a culpa vem em consideração, duas coisas distintas: primeiro, objetivamente, se o autor prestou o cuidado devido para a não realização do tipo, se a resposta é afirmativa, então a segunda averiguação resulta desnecessária, ou seja, o autor deve ser absolvido. Se a resposta é negativa, deve-se examinar subjetivamente se o autor, de acordo com sua personalidade, estava em condições de abster-se da realização do tipo. É dizer, só então estará dada a reprovabilidade, sem a qual a conduta do autor não pode ser culpável. ‘O

<sup>157</sup> GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*, Op. Cit, p.92.

<sup>158</sup> COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad. Historia, Teoría y Metodología*, Op. Cit, p.88.

<sup>159</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op Cit, p.142.

<sup>160</sup> FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Montivideu-Buenos Aires. Julio César Faira – Editor, 2003, p.75.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p.76.

dever de evitar pressupõe o poder de evitar'. Tal comprovação individual, naturalmente, não pode ignorar as circunstâncias sob as quais o autor atuou<sup>162</sup>.

A inexigibilidade passa a ser compreendida como o fundamento dogmático comum a todas as causas de exclusão da culpabilidade, iniciando, assim, o debate para a possibilidade de exculpação supralegal com base na inexigibilidade<sup>163</sup>. Tal situação reproduz, nas palavras de Sebastián Borges de Albuquerque Mello: “uma possibilidade evidente de concretização dos direitos fundamentais e limitação ao jus puniendi estatal pelo magistrado, o que vai ser decisivo na concretização da dignidade da pessoa humana no pós-positivismo”<sup>164</sup>.

Com Berthold Freudenthal é possível perceber que a margem discricionária do Magistrado diante do caso concreto é utilizada para garantir a individualização do juízo de imputação viabilizando não só a diminuição da reprimenda, como também, a absolvição diante da inexigibilidade de um comportamento conforme a norma<sup>165</sup>.

Observadas as concepções sobre a culpabilidade dos mencionados normativistas, é preciso afirmar que tais contribuições foram importantes para propiciar um avanço na compreensão da pessoa, como sujeito de direito, propiciando e desenvolvendo o processo de individualização da pena<sup>166</sup>.

Contudo, ao se valer do paradigma do homem médio – uma verdadeira ficção jurídica – para viabilizar tal juízo de imputação, acaba por universalizar e unificar valores em uma sociedade essencialmente marcada pela pluralidade e diversidade cultural<sup>167</sup>.

Assim, em 1930, a teoria finalista de Hans Welzel propôs a inauguração de um novo sistema jurídico penal, reestruturando a Teoria do Delito. As bases da culpabilidade

---

<sup>162</sup> FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*, Op.Cit, p.77, no original: “La opinión dominante en la teoría y la praxis comprueba, donde la culpa viene en consideración, dos cosas distintas: primero, objetivamente, si el autor presto el cuidado in concreto debido para la no realización del tipo. Si la respuesta es afirmativa, entonces la segunda averiguación resulta innecesaria; antes bien, el autor debe ser absuelto. Si la respuesta es negativa, hay que examinar subjetivamente si el autor, de acuerdo con el plexo de su personalidad, estaba en condiciones de abstenerse de la realización del tipo. Es decir, solo entonces estará dada la reprochabilidad sin la cual la conducta del autor no puede ser culpable. “El deber de evitar presupone pode evitar”. Tal comprobación individual, naturalmente, no puede ignorar las circunstancias bajo las cuales hubo de obrar el autor”.

<sup>163</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op Cit, p.145.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p.145.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p.146.

<sup>166</sup> COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad*, Op. Cit, p.90.

<sup>167</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op Cit, p.146.

normativa passariam por diversas modificações até se firmar sob a égide de uma teoria normativa pura<sup>168</sup>.

### **3.3.3 O Poder Agir de Outro Modo como Fundamento Material da Culpabilidade na Teoria Finalista**

Em meados da década de 30, começa a se observar no cenário jurídico penal estudos que passam a fazer a separação entre dolo e culpabilidade, registrando o início do que depois veio a ser mais bem elaborado e desenvolvido pelo Finalismo<sup>169</sup>.

É possível citar, apenas a título de ilustração, um dos precursores do Finalismo: Alexander Graf zu Dohna. Este autor sustenta que, no contexto da vontade de ação, a antijuridicidade representa a valoração do tipo objetivo e a culpabilidade a valoração do tipo subjetivo. Ademais, o mesmo autor afirma que a essência da culpabilidade reside na exigibilidade – assim compreendida como contrariedade ao dever de cumprir as normas -, como também realiza a diferença entre os delitos culposos e dolosos já no âmbito da tipicidade<sup>170</sup>.

Percebe-se, dessa maneira, uma construção de culpabilidade normativa que antecede a Hans Welzel e que, certamente, influenciou toda a sua forma inaugural de compreender e valorar a teoria do delito<sup>171</sup>.

O modelo Finalista pautou-se em dois axiomas antropológicos que são as categorias lógico-objetivas, isto é estrutura do ser como efetivamente se revela na realidade, materializadas na ação como produto de finalidade e na atuação conforme o sentido<sup>172</sup>.

Nesse contexto, os elementos subjetivos passaram a ser analisados no âmbito da tipicidade e a culpabilidade se tornou normativa-pura, representando um juízo de valor acerca do injusto penal, ou seja, do fato típico e antijurídico, e composta por três elementos, quais sejam, a imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa<sup>173</sup>.

Sobre o tema afirma Hans Welzel:

<sup>168</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op Cit, p.159.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p.159.

<sup>170</sup> DOHNA, Alexander Graf zu. *La Estructura de la teoria del delito*. Trad. de la 4ª Ed. alemana por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958, p.70.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p.71.

<sup>172</sup> WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal*, Op. Cit, p.82.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p.85.

[...] A antijuridicidade é, como vimos, uma relação de discordância entre a ação e o ordenamento jurídico [...] A culpabilidade não se conforma com essa relação de discordância objetiva entre a ação e o ordenamento jurídico, mas lança sobre o autor a reprovabilidade pessoal por não haver omitido a ação antijurídica apesar de tê-la podido omitir. A culpabilidade contém, pois, dupla relação: a ação do autor não é como exige o Direito, apesar de o autor ter podido realizá-la de acordo com a norma. Nessa dupla relação, do não dever ser antijurídica com o poder ser lícita, consiste o caráter específico de reprovabilidade da culpabilidade [...] O Juízo de desvalor da culpabilidade vai mais além, e lança sobre o autor a reprovabilidade pessoal por não haver atuado corretamente apesar de ter podido obrar conforme a norma<sup>174</sup>.

A reprovabilidade da culpabilidade pressupõe, nessa esteira de inteligência, que o sujeito tenha podido adotar uma resolução de vontade conforme a norma, e isso não no sentido abstrato de um homem qualquer no lugar do autor, mas no sentido concreto de que esse homem, naquela determinada situação, podia e devia atuar conforme o Direito<sup>175</sup>.

Como bem pontua Sebastián Borges de Albuquerque Mello:

[...] Welzel conceitua culpabilidade como a falta de autodeterminação conforme o sentido em um sujeito que era capaz de tê-la. Não é a decisão em si mesma, mas sim o fato de o ser humano deixar-se arrastar por impulsos contrários ao valor. Portanto, a culpabilidade não seria uma livre decisão em favor do mal; ela consiste no fato do sujeito deixar-se prender pela coação causal dos impulsos, sendo capaz de determinar-se conforme o sentido [...] <sup>176</sup>.

A liberdade humana é concebida como um dado ontológico e definida como “a capacidade de poder reger-se conforme os fins”<sup>177</sup>.

Nesse mesmo contexto, sustenta Sebastián Borges de Albuquerque Mello que a construção do injusto penal e do fundamento material da culpabilidade em Hans Welzel tem íntima correlação com a ideia de livre arbítrio, assim concebido em um triplo aspecto: antropológico, caracteriológico e categorial<sup>178</sup>.

Observa-se que a teoria normativa-pura da culpabilidade adotada pelo Código Penal Brasileiro utiliza, como pressuposto, a liberdade humana assentada na noção de autodeterminação conforme o sentido. Diante de tal formulação teórica, surgem as seguintes indagações: é teoricamente possível a adoção de uma resolução de vontade correta no lugar da equivocada? E, no caso de que seja admitida essa possibilidade, o

<sup>174</sup> WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal*, Op. Cit, p. 86.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p.86.

<sup>176</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*, Op.Cit, p.162.

<sup>177</sup> WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal*, Op. Cit, p.100.

<sup>178</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*, Op. Cit, p.163.



autor concreto teria essa capacidade?<sup>179</sup>. São essas e outras indagações que buscam demonstrar o estudo refletido no presente trabalho.

Consoante já se afirmou, a culpabilidade, à luz do novo sistema jurídico penal Finalista, é o que reprova o sujeito que podia atuar conforme a norma, por sua conduta contrária ao Direito. Nas palavras de Hans Welzel: “A culpabilidade é um conceito valorativo negativo e, portanto, um conceito graduável. A culpabilidade pode ser maior ou menor, segundo a importância que tenha a exigência do Direito e segundo a facilidade ou dificuldade do autor em satisfazê-la”<sup>180</sup>.

Assim, a vontade de ação possui uma maior ou menor culpabilidade. A culpabilidade, por sua vez, é compreendida como uma qualidade valorativa negativa da própria vontade de ação<sup>181</sup>. Como pontua Hans Welzel:

A culpabilidade, em sentido estrito (a reprovabilidade), pressupõe, ao contrário, uma determinada vontade ou uma determinada ação, como seu suporte específico: só uma vontade (antijurídica) ou uma ação (típica, antijurídica) pode ser culpável, no sentido relevante para o Direito Penal. Por isso, “pertencem” à culpabilidade a vontade antijurídica ou a ação típica, antijurídica, como sua possível portadora. No juízo de culpabilidade examina-se a reprovabilidade da vontade típica e antijurídica: em que condições e em que medida pode ser reprovável ao autor como um fracasso pessoal ante o ordenamento jurídico?<sup>182</sup>

O conceito de culpabilidade não compreende elementos subjetivos relacionados ao ânimo do sujeito, mas conserva, apenas, o critério normativo assentado na reprovabilidade, com base no qual se examina a vontade de ação. Tal ideia demonstra a posição atual da culpabilidade na estrutura do delito<sup>183</sup>.

Culpabilidade é a reprovabilidade da resolução da vontade. Ou seja, o sujeito adotou uma resolução de vontade antijurídica, quando podia adotar conforme o Direito. Toda culpabilidade é, segundo Hans Welzel, culpabilidade de vontade, de maneira que somente aquilo que depende, em alguma medida, da vontade do homem pode ser reprovável como culpável. O cerne da questão reside, portanto, na ideia de que só há

---

<sup>179</sup> WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal*, Op. Cit, p.94.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p.89.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p.89

<sup>182</sup> *Ibidem*, p.90.

<sup>183</sup> DOHNA, Alexander Graf zu. *La Estructura de la teoria del delito*, Op. Cit, p.76.

que se falar em reprovabilidade, desde que o autor tenha podido adotar uma resolução de vontade de acordo com a norma e assim não o fez<sup>184</sup>.

Observa-se que o fundamento material da culpabilidade, sob o olhar da teoria Finalista, reside na exigibilidade de conduta diversa que, por sua vez, orienta-se pela existência de livre arbítrio que se revela sob três aspectos diferentes, quais sejam o aspecto antropológico, o caracteriológico e o categorial<sup>185</sup>.

O aspecto antropológico pode ser compreendido como a capacidade que o homem, embora concebido como animal, deve ter de se desvencilhar dos seus instintos causais. Sobre isso Hans Welzel sustenta:

[...] À liberdade existencial e desvinculação do orgânico corresponde, como uma característica positiva e decisiva do homem, a vinculação de seu espírito aos critérios da verdade, da finalidade e do valor, segundo os quais tem de dirigir por si mesmo sua conduta por atos responsáveis. O homem é um ser responsável, ou, mais precisamente, um ser com disposição à responsabilidade; esse é o critério decisivo, que o separa existencialmente (como *homo phänomenon*) e não apenas normativamente (como *homo noumenon*) de todo o mundo animal [...] <sup>186</sup>.

Salienta o mencionado Finalista, ainda nesse contexto, que somente o homem, enquanto pessoa, possui, entre todos os demais seres vivos, o privilégio de romper com sua vontade a ligação com a necessidade<sup>187</sup>.

O aspecto caracteriológico indica um conceito mais restrito de vontade. Vale dizer, os impulsos, segundo tal raciocínio, podem ser também dirigidos “segundo seu conteúdo de finalidade e de valor para uma configuração da vida que se estenda para além do momento presente”<sup>188</sup>. O critério dessa indicação não se assenta na idoneidade dos meios para garantir os fins, mas, sobretudo, no conteúdo de finalidade dos fins dos impulsos<sup>189</sup>.

De acordo com Hans Welzel, todos os impulsos possuem duplo aspecto, quais sejam: um determinado conteúdo de finalidade e uma determinada força. O denominado “Eu-centro”, determinado pelos atos de direção, conforme um fim, não se vale de impulsos

<sup>184</sup> WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal, Op Cit*, p.94.

<sup>185</sup> COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad, Historia, Teoría y Metodología, Op. Cit*, p.96.

<sup>186</sup> WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal, Op Cit*, p.95.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p.96.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p.95.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p.97.

tão-somente em sua força emotiva, mas é, sobretudo, compreendido de acordo com o seu conteúdo de finalidade<sup>190</sup>. Nas palavras de Hans Welzel:

[...] Os atos da função do “Eu” (do “próprio”) transcorrem por meio da finalidade e não da força causal: os motivos do pensamento e da vontade são as razões objetivas, ou seja, não-causais, nas quais se apoiam, conforme um fim, os atos do pensamento e da vontade. Nesse processo, o impulso valioso é permitido e o conteúdo da força do não valioso destruído [...] <sup>191</sup>.

A fim de propiciar reflexões sobre o aspecto categorial, o citado autor registra a seguinte e, importantíssima, indagação: “como é possível ao homem o domínio da coação causal por meio de uma direção orientada finalisticamente, em virtude da qual, unicamente, pode se fazer responsável por ter adotado a decisão errada em lugar da correta?<sup>192</sup>”.

Prossegue afirmando que a resposta não pode ser encontrada pela via do determinismo tradicional, pois destruiria o sujeito responsável, convertendo os atos de vontade em uma série essencialmente desconexa de impulsos isolados no tempo. Para Hans Welzel, o erro do determinismo tradicional consiste na crença de que existe uma única forma de determinação, de modo que não se pode admitir a reprovabilidade por ter o sujeito adotado a decisão equivocada no lugar da correta<sup>193</sup>.

A forma de execução dos atos denota a forma fundamental de realização dos atos final, ou seja, na finalidade o fim determina os passos que a ele conduzem, não de maneira cega (como se dá na causalidade), mas porque contém as razões evidentes<sup>194</sup>. Liberdade de vontade consiste na capacidade de poder conduzir-se conforme os fins, “é a liberdade da coação causal, cega, indiferente aos fins, para a autodeterminação conforme os fins”<sup>195</sup>.

Se, por um lado, o “não valioso” determina o homem sob forma de pressão causal – como a inveja, cobiça, apetite sexual, etc. – a má vontade representa a dependência causal do impulso contrário ao valor<sup>196</sup>. A liberdade, segundo o pensamento de Hans Welzel, não é um estado, mas um ato de libertação da coação causal dos impulsos, de

<sup>190</sup> WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal, Op Cit*, p.98.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p.99.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p.99.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p.100.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p.100.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p.100.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p.102.

maneira que “culpabilidade é a falta de autodeterminação conforme os fins num sujeito que era capaz de determinar-se”<sup>197</sup>.

O estudo sobre a liberdade à luz dos pensamentos do citado autor destaca que a culpabilidade não significa livre decisão contrária a norma, mas ficar preso pela coação causal dos impulsos, desde que o homem seja capaz de autodeterminação conforme os fins.

A culpabilidade formal para Hans Welzel consiste na reunião dos elementos normativos inseridos na culpabilidade e que servem para viabilizar (ou não) o juízo de imputação. Do ponto de vista material, a essência da culpabilidade reside na possibilidade do sujeito concreto atuar conforme ao direito, quando atuou de maneira contrária<sup>198</sup>. Nas palavras de Sebastián Borges de Albuquerque Mello:

Trata-se do conhecido ‘poder atuar de outro modo’, centrado numa ideia de liberdade de vontade, que sustenta a reprovabilidade da conduta antijurídica. Este é o conteúdo material da culpabilidade finalista, que representa o ponto de partida para as concepções contemporâneas de culpabilidade, seja para reafirmar a ideia de liberdade, seja para negá-la, em face de sua falta de verificabilidade empírica<sup>199</sup>.

De acordo com o mencionado Finalista, o Direito Penal não parte da tese indeterminista de que a decisão de praticar um crime decorra, inteiramente, de uma vontade livre, mas parte da premissa de que o homem, como ser determinado à responsabilidade, está existencialmente em condições de guiar, conforme os fins, a dependência causal dos impulsos<sup>200</sup>. Mais precisamente: “a culpabilidade não é um ato de livre autodeterminação, mas precisamente a falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável”<sup>201</sup>.

#### **4 A QUESTÃO DO LIVRE ARBÍTRIO NO PÓS-FINALISMO**

Após a Segunda Guerra Mundial, o Finalismo firmou-se como doutrina dominante no cenário penal. A nova compreensão da estrutura dos elementos integrantes da teoria do delito, associada à solidez dos argumentos ontológicos, propiciaram que os estudos de

---

<sup>197</sup> WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal, Op Cit*, p.102.

<sup>198</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana, Op. Cit*, p.165.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>200</sup> WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal, Op Cit*, p.100.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p.102.

Hans Welzel fossem, efetivamente, abraçados pela doutrina Europeia e, posteriormente, pela da América Latina<sup>202</sup>.

Os estudos do citado autor encontravam-se em conformidade com o contexto histórico do pós-positivismo, vez que defendiam a autonomia ética do indivíduo, como limite da intervenção jurídico penal. Além disso, o mencionado finalista defendia que a segurança e universalidade conferidas aos postulados dos juristas deviam estar orientados pelas estruturas lógico-objetivas que são fornecidas pelo Direito ao legislador a fim de exercer a função de controle do direito positivo<sup>203</sup>.

Assim, levando-se em consideração a sólida construção sobre a Teoria do Delito, é de fácil percepção as razões pelas quais o Finalismo se manteve como a doutrina penal dominante pós Segunda Guerra<sup>204</sup>.

Vale salientar, também, que os aspectos formais da culpabilidade normativa-pura foram recepcionados pelo pensamento pós-finalista, porém, de outra parte, passou-se a criticar, dentre outras questões, o seu fundamento material, retomando diversas discussões doutrinárias e filosóficas sobre a existência do livre arbítrio<sup>205</sup>.

#### 4.1 AS CRÍTICAS AO FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE DEFENDIDA POR HANS WELZEL

Conforme já afirmado, a concepção tradicional da culpabilidade, como possibilidade de reprovar o fato ao sujeito, se baseia na liberdade de vontade, na liberdade de decisão e na atuação do indivíduo, diante do caso concreto. Segundo tal orientação, resta evidente que, podendo o sujeito, livremente, ter decidido atuar de outro modo – lícito – e, nada obstante, tendo o mesmo agido em contrariedade ao comando normativo, o fato deverá ser reprovado<sup>206</sup>.

Ocorre que, desde a década de 60, passou-se a perquirir uma alternativa, no âmbito doutrinário, à tese de liberdade de Hans Welzel e ao seu fundamento material, pois começaram a questionar a possibilidade de comprovação empírica do livre arbítrio, nos

---

<sup>202</sup> HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n.06, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.44.

<sup>203</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora, COELHO, Yuri Carneiro. *A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor do Direito Penal*. In: PRADO, Luiz Régis (Coord.) *Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.106.

<sup>204</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*, Op. Cit, p.168.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p.168.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p.169.

moldes defendidos pelo citado autor<sup>207</sup>.

Sandro Montes Huapaya apresenta três aspectos controversos sobre o fundamento da culpabilidade para a teoria finalista, quais sejam: a ideia de livre-arbítrio, a questão da inexigibilidade e o aspecto moralizante da reprovabilidade<sup>208</sup>.

No que tange ao livre-arbítrio, refletiu-se sobre dificuldade de se demonstrar, empiricamente, a existência do livre arbítrio. A impossibilidade de se repetir a experiência humana repercute, diretamente, na atuação do juiz que, certamente, não disporá de elementos suficientes para auferir se o sujeito, no momento da prática delitiva, atuou de forma livre ou não<sup>209</sup>.

Sobre o tema valem as considerações de Klaus Günther:

Não é, entretanto, muito claro o que se deva entender afinal por esta ‘liberdade’. Não se deve acolher que possa derivar daquilo que se fizesse presente na pessoa individual no momento do fato, de modo que esta estivesse realmente consciente acerca de uma determinada alternativa de conduta fiel ao direito e fosse capaz de compreendê-la. A liberdade de agir de outro modo é, portanto, uma ficção, que se orienta pelo próprio entendimento dos demais membros da sociedade<sup>210</sup>.

Diante da dificuldade, quiçá impossibilidade, de demonstração empírica do livre-arbítrio, o Finalismo é extremamente criticado pelo seu paradigma da liberdade. Assevere-se, ainda, que embora o “poder atuar de outro modo” tenha o intuito de se atentar para as circunstâncias do homem concreto, passou a valer-se, nos tribunais da então Alemanha Ocidental, de critérios absolutamente genéricos, criando-se, por conseguinte, uma fixação jurídica materializada na figura do “homem médio”<sup>211</sup>.

Nesse contexto de ideias, vale trazer o resumo das críticas elaboradas por Juan Córdoba Roda à culpabilidade finalista:

a) na impossibilidade prática de que os tribunais deem efetiva constância à liberdade de atuação do condenado na situação concreta em que cometeu o delito submetido a juízo; b) nas dificuldades de conceber a culpabilidade como uma censura, quando o certo é que a formulação desta não pressupõe a existência de autocensura no agente. O caracterizar a culpabilidade como um

<sup>207</sup> HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*, Op.Cit, p.46.

<sup>208</sup> MONTES HUAPAYA, Sandro. *El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro un Estado de Derecho, social y democrático*. Em: Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudência em línea). Año 2007. Disponible em Internet: <http://www.derechopenalonline.com>). Acesso em 05/04/2014.

<sup>209</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op.Cit, p.171.

<sup>210</sup> GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro*. Trad. Juarez Tavares. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n.24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 79.

<sup>211</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op.Cit, p.172.

juízo que não aparece condicionado nem à positiva constatação de uma liberdade de atuar de modo distinto do sujeito, nem a um sentimento de censura neste, constitui um sério obstáculo para conceber a essência da pena como um castigo de uma determinada conduta<sup>212</sup>.

Observa-se, nesse cenário, que “o poder agir de outro modo”, baseado no ontologismo finalista encontra dois grandes obstáculos. Primeiro, na sua efetiva impossibilidade de demonstrabilidade empírica e, segundo, nas consequências práticas de sua aplicação<sup>213</sup>.

Vale dizer, as dificuldades práticas de se analisar tais idealizações finalistas acarretam, “os problemas decorrentes da recorrência ao barema do homem médio, ou mesmo do cotejo do homem concreto com outro homem ‘ideal’ nas mesmas condições e circunstâncias”<sup>214</sup>, o que, por certo, põe em xeque a garantia constitucional da individualização da pena<sup>215</sup>.

Sobre as críticas a culpabilidade finalista, também são valiosas as considerações de Juarez Tavares:

Se no positivismo a responsabilidade é decorrente de uma descoberta, na concepção normativa passa ela a ser o resultado de um juízo jurídico-normativo pronunciado contra o agente com base em pressupostos de fato decorrente de outro juízo de cognição preestabelecido. Primeiramente, a própria imputabilidade se assenta em um juízo sobre a capacidade abstrata de entender e autodeterminar-se. O conhecimento do injusto se infere de um juízo de possibilidade e, por fim, o poder agir de outro modo, que fundamenta a reprovação, nada mais é do que a consequência de um juízo normativo hipotético. No fundo, portanto, a base de tal concepção é um puro juízo jurídico de sustentação normativa, alheio à realidade antropológica e sensorial humana [...]. A crítica que sempre se articula contra a teoria finalista de delito, que esvaziara o conteúdo da culpabilidade é procedente na medida em que percebe o distanciamento da responsabilidade de suas bases objetivas, para conduzir-se por juízos hipotéticos. Esses juízos hipotéticos, empiricamente indemonstráveis [...]<sup>216</sup>.

Claus Roxin, sob o mesmo contexto de ideias, afirma que:

<sup>212</sup> CÓRDOBA RODA, Juan. *Culpabilidad y Pena*. Barcelona: Bosch, 1977, p.53, no original: “a) en la práctica imposibilidad de que los tribunales den efectiva Constancia de la libertad de actuación del condenado en la situación concreta en que la cometió el delito sometido a juicio; b) en las dificultades de concebir la culpabilidad como un reproche, cuando lo cierto es que la formulación de este no presupone la existencia de autorreproche alguno en el agente. El caracterizar a la culpabilidad como un juicio que no aparece condicionado ni a la positiva constatación una libertad de actuar de modo distintivo en el sujeto, ni la de un sentimiento de reproche en este, constituye un serio obstáculo para concebir Le esencia de la pena como un castigo de una determinada conducta”.

<sup>213</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade O Fundamento da Imposição de Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*, Op.Cit, p.173.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p.174.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p.174.

<sup>216</sup> TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, Op.Cit, p.148-149.

Os defensores da concepção do ‘poder atuar de outro modo’ se fixam não no poder do sujeito individual, mas sim no poder da pessoa média que existe conforme a experiência, na capacidade da maioria das pessoas. A reprovação da culpabilidade contra o indivíduo se formula então assim: ‘o sujeito havia podido atuar de outro modo na situação em que se encontrava, no sentido de que, conforme as nossas experiências em casos análogos, outro, em seu lugar, atuaria, possivelmente, de outro modo nas circunstâncias concretas’. Mas, desde uma perspectiva indeterminista é impossível basear uma reprovação moral contra uma pessoa individual com capacidade que outras pessoas tenham, mas que precisamente faltam ao sujeito! Isso não só carece de lógica, como supõe um abandono do ponto de partida de que ao próprio sujeito era possível uma decisão livre<sup>217</sup>.

Jorge de Figueiredo Dias sustenta que a afirmação da liberdade de vontade, a ser possível, só teria pertinência “como pura consequência de um ser livre atuante”<sup>218</sup>. Senão, veja-se:

Deste modo, a pergunta sobre se um certo agente, em certa situação, poderia concretamente ter agido de forma diversa corre sério risco de se tornar por inteiro destituída de sentido, pelo menos enquanto se requeira que a resposta mantenha uma qualquer relação com a realidade concreta e, portanto, psicológica. E isto porque a resposta, qualquer que seja, é absolutamente inverificável<sup>219</sup>.

O mencionado autor ainda pontua, citando Engisch, que só se poderia comprovar o poder de agir de outra maneira, se fosse possível, experimentalmente, colocar a mesma pessoa, na mesma situação, a fim de se constatar se ela agiria tal qual agiu. Todavia, tal experiência é inviável, pois nem a pessoa, nem a situação seriam iguais<sup>220</sup>.

Diego-Manuel Luzón Peña registra, nesse mesmo sentido, que o livre arbítrio, na forma em que proposto pela teoria finalista é indemonstrável, porque é impossível repetir a experiência daquele determinado sujeito, que atuou de maneira contrária ao comando normativo, pois, na situação posterior, já não existiriam as mesmas circunstâncias de

---

<sup>217</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 800, no original: “Los defensores de la concepción del poder actuar de otro modo intentan salir al paso de esta consecuencia, fijándose no en el poder del sujeto individual, sino en el ‘poder de la persona media que existe conforme a experiencia’, en la capacidad de la ‘mayoría de las personas’. El ‘reproche de culpabilidad contra el individuo’ se reformula entonces así: ‘El sujeto habría podido actuar de otro modo en la situación en la que se encontraba, en el sentido de que, conforme a nuestra experiencia en casos análogos, otro en su lugar habría actuado posiblemente de otro modo en las circunstancias concretas, empleando la fuerza de voluntad que le faltó al sujeto’. Pero desde una perspectiva indeterminista es imposible basar un reproche moral contra una persona individual en capacidades que quizá otras personas tengan, pero que precisamente le faltan al sujeto! Ello no solo carece de lógica, sino que supone un abandono del punto de partida de que al propio sujeto le há de ser posible una decisión libre”.

<sup>218</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal, Op. Cit*, p.34, no original: “como pura consequência de um ser livre atuante”.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p.34.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p.35.



outrora e o indivíduo já teria a experiência de ter passado pela situação pretérita<sup>221</sup>.

Senão, veja-se:

[...] Também se critica, de modo amplo na ciência criminal, a aceitação da liberdade de uma posição (chamado de "agnosticismo", que não sabe se há ou não liberdade) não deterministas, mas que demonstra que a liberdade da vontade e o poder atuar de outro modo, de fato, é empiricamente, cientificamente indemonstrável e é uma tese puramente metafísica, uma vez que não pode ser repetido experimentalmente exatamente essa circunstância histórica e concreta desse homem no tempo e no espaço para comprovar reiteradamente se podia atuar de outro modo, haja vista que, da próxima vez, o sujeito não seria exatamente igual, pois teria a experiência da vez anterior e as circunstâncias não seriam mais as mesmas [...]<sup>222</sup>.

É indiscutível que, quando se aceita a liberdade, como pressuposto da culpabilidade, quer se afirmar e atribuir a tal conceito o sentido de liberdade de vontade. Diversas razões convergem para que seja esta a compreensão sobre a liberdade que ora se põe à discussão. Como pontua Jorge de Figueiredo Dias:

A primeira reside em ser ele, aparentemente, o entendimento de mais direto significado para a vida. A segunda deriva do peso tradicional da controvérsia, quase sempre situada, historicamente, no âmbito da opção pelo determinismo ou pelo indeterminismo. A terceira, e porventura mais importante, provém da circunstância de que os atos de vontade parecem ganhar um lugar cimeiro no tema da culpa porque, mesmo a uma consciência não refletida, surgem sob o signo da liberdade: neles o homem experimenta-se a si mesmo, de maneira expressa e quase incontroversa, como auto-atuante relativamente a fins que previamente elegeram<sup>223</sup>.

Segundo tal compreensão, tudo contra o que o sujeito nada podia, desde uma perspectiva da vontade, pode ser lamentado ou até desaprovado, mas não pode figurar como objeto de imputação. Culpabilidade, como afirma o mencionado autor português, “é a censurabilidade do comportamento humano, por o culpado ter querido atuar contra

<sup>221</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Libertad, Culpabilidad y Neurociencias*. Disponível em: <www.indret.com>, p.19.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 20-21, no original: “[...] También se critica, de modo más extendido en la ciencia penal, la aceptación de la libertad desde una posición (el llamado “agnosticismo”, que no sabe si hay o no libertad) no determinista pero que objeta que la libertad de voluntad, el poder actuar de otro modo de un sujeto concreto en el hecho concreto es empíricamente, científicamente indemostrable y una tesis puramente metafísica, dado que no se puede repetir experimentalmente exactamente esa circunstancia histórica concreta de ese hombre en el tiempo y en el espacio para comprobar reiteradamente si podía decidir de otro modo, dado que la vez siguiente el sujeto ya no sería exactamente igual, pues tendría la experiencia de la vez anterior y lo sucedido después y las circunstancias no serán idénticas [...]”.

<sup>223</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal, Op. Cit.*, p.21, no original: “A primeira reside em ser ele, aparentemente, o entendimento de mais directo significado para a vida. A segunda deriva do peso tradicional da controvérsia, quase sempre situada, historicamente, no âmbito da opção pelo determinismo ou pelo indeterminismo. A terceira, e porventura mais importante, provém da circunstância de que os actos de vontade parecem ganhar um lugar cimeiro no tema da culpa porque, mesmo a uma consciência não reflectida, surgem sob o signo da liberdade: neles o homem experimenta-se a si mesmo, de maneira expressa e quase incontroversa, como auto-actuante relativamente a fins que previamente elegeram”.

o dever quando podia ter querido atuar de acordo com ele”<sup>224</sup>, residindo, exatamente em tal constatação o seu livre arbítrio.

Eis ai, de acordo com Jorge de Figueiredo Dias, a ideia do indeterminismo psicológico essencialmente associada a uma concepção ética da culpabilidade. A definição de culpabilidade, como poder agir de outra maneira, relativamente ao injusto cometido remete, segundo o citado autor, a implicações de ordem psicológica e de ordem ética da aceitação da liberdade de vontade como fundamento da culpabilidade<sup>225</sup>.

A fim de orientar algumas reflexões críticas que serão postas, cumpre fixar duas indagações: qual a real situação quanto ao problema do livre arbítrio? Se este é assegurado a todos os homens, pela compreensão absolutamente natural da sua própria existência, como se concebe, então, que o livre arbítrio possa ser questionado, ou até mesmo negado?

Buscar algum esclarecimento a tais questões conduz a um debate, como defende Jorge de Figueiredo Dias, no âmbito psicológico com vistas a transcender a um estudo teórico sobre o problema de saber se a vontade é ou não considerada livre, mas também e, sobretudo, questionar como e quando se está diante de uma vontade livre. “Só então se encontrarão definidos os pressupostos dentro dos quais de pode afirmar um concreto e efectivo poder de agir de outra maneira na situação que possa servir, como se pretende, de conteúdo material ao conceito de culpa em direito penal”<sup>226</sup>.

Ora, se por um lado é bastante claro que o sujeito se sente e se compreende no mundo como um ser livre, por outro, sente-se também limitado e condicionado na sua própria vontade<sup>227</sup>. Vale dizer, limitado ao que, faticamente, lhe é possível desde uma perspectiva do mundo social, como também no âmbito das suas potencialidades subjetivas; condicionado pelos seus próprios impulsos, além das regras sociais e dos valores aceites pela sociedade em geral<sup>228</sup>. Assim:

---

<sup>224</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal, Op. Cit*, p.29, no original: “é a censurabilidade do comportamento humano, por o culpado ter querido actuar contra o dever quando podia ter querido actuar de acordo com ele”.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p.22.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p.23, no original: “só então se encontrarão definidos os pressupostos dentro dos quais de pode afirmar um concreto e efectivo poder de agir de outra maneira na situação que possa servir, como se pretende, de conteúdo material ao conceito de culpa em direito penal”.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p.24.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p.25.

A partir da auto-experiência parece poder simultaneamente afirmar-se uma liberdade para e negar-se uma liberdade de, afirmar-se a liberdade a um propósito e negar-se a outro! Dela resulta, em suma, um rotundo *non liquet*. Será, apesar disto, ainda possível, ao nível puramente psicológico e no campo estrito da vontade, encontrar-se um ponto de vista que consiga abrir uma nova perspectiva dentro desta antinomia?<sup>229</sup> [...].

A possibilidade de se afirmar a liberdade, na concepção, de Jorge de Figueiredo Dias, se assenta na ideia de que é ela que direciona os seus fins, considerando os limites fáticos da real possibilidade de realização. Todavia, mesmo diante das limitações que são postas à vontade, é possível continuar afirmando que a sua exteriorização para determinado fim não resulta da pura espontaneidade, mas de pontos específicos que fundamenta a motivação, representando, dessa maneira novos condicionamentos<sup>230</sup>.

Por isso, conclui o referido autor que desde um horizonte psicológico, tanto se pode perder, como ganhar a causa da liberdade de vontade. Se ganha quando se afirma que o homem é essencialmente um ser livre, pois conduz a sua vida se autointitulando dessa maneira; se perde quando se diz que tal maneira de viver a vida é determinada por impulsos, assim caracterizados como “tendências e necessidade individuais previamente existentes [...]”<sup>231</sup>.

Ainda que se aceite que entre o impulso e a ação exista um momento ou uma abertura, por meio da qual se instaura a racionalidade ou a espontaneidade, vale perguntar: mas é o homem que, verdadeiramente, aí atua<sup>232</sup>?

Á luz de tais reflexões impulsionadas por Jorge de Figueiredo Dias permite-se concluir que:

De uma pura psicologia da vontade não pode esperar-se um esclarecimento fundamental da estrutura do ser humano total [...] a questão do livre-arbítrio, analisada psicologicamente, deve continuar a ser uma questão não decidida, uma pergunta sem resposta<sup>233</sup>.

O tema sobre a questão do livre arbítrio, assim como todas as curiosidades e angústias que ele propicia são fundamentais para a tentativa de compreensão do homem no mundo e, como não poderia deixar de ser, para a busca por um sistema jurídico penal mais atencioso com as contingências do ser complexo.

<sup>229</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal, Op. Cit*, p.26.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p.29,

<sup>231</sup> *Ibidem*, p.31.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p.31.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p.33, no original: “de uma pura psicologia da vontade não pode esperar-se um esclarecimento fundamental da estrutura do ser humano total [...] a questão do livre-arbítrio, analisada psicologicamente, há-de continuar a ser uma questão não decidida, uma pergunta sem resposta”.

Como se percebe, as críticas contundentes ao fundamento material proposto pelo Finalismo são responsáveis por impulsionar a dogmática jurídico-penal à procura de novos e, talvez, mais coerentes, fundamentos da culpabilidade - instituto de especial valor para a teoria do delito.

O Estado democrático de direito, orientado pela garantia da dignidade da pessoa humana, merece ser compreendido como um Estado que não só garante, como incrementa as liberdades individuais, respeitando e assegurando as diversidades, razão porque o juízo de imputação e, de uma forma geral, o próprio direito penal, merecem firmar um compromisso inegociável com os direitos e garantias fundamentais<sup>234</sup>.

#### 4.2 AS PRINCIPAIS ALTERNATIVAS AO “PODER ATUAR DE OUTRO MODO”

Os diversos questionamentos sobre a indemonstrabilidade do livre arbítrio propiciou a aparição de diversas teses que, em linhas gerais, substituem a culpabilidade por outro instituto jurídico ou indicam um novo fundamento material para a culpabilidade ou buscam a atribuição de um sentido à compreensão sobre liberdade<sup>235</sup>.

Ressalte-se, que o presente trabalho não tem o propósito de examinar exaustivamente cada uma dessas teses, senão na medida da demonstração dos seus métodos e dos seus influxos no âmbito da culpabilidade. Por isso, destaca-se o funcionalismo e a teoria do discurso.

##### 4.2.1 Solução Funcionalista Sistêmica (A Contribuição de Günther Jakobs)

O Funcionalismo, principalmente representado pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, analisa o Direito a partir do sistema social, compreendido como um sistema único, de essencial complexidade e cuja função seria de resolver conflitos atinentes à questão dos contratos sociais, os quais se direcionam por meio das expectativas quanto às condutas que se estabelecem socialmente<sup>236</sup>.

A formação da sociedade pressupõe a redução de complexidade, embora a própria ordem social implique no surgimento de mais complexidades, que necessitam ser

---

<sup>234</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Op.Cit, p.235.

<sup>235</sup> Nesse sentido: Francisco Muñoz Conde, Eugenio Raúl Zaffaroni, Santiago Mir Puig, Armin Kaufmann, Enrique Gimbernat Ordeig, Winfried Hassemer, Jorge de Figueiredo Dias, Hans Joachim Hirsch e José Cerezo Mir, Günther Jakobs, Claus Roxin e Bernd Schünemann.

<sup>236</sup> TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, Op.Cit, p.148.

reduzidas por meio de subsistemas operacionais autônomos, como, por exemplo, o Direito, a Ciência, a Religião, etc., sendo que cada um desses subsistemas cuidará de uma parcela da complexidade de acordo com o seu código específico (no Direito: lícito/ilícito)<sup>237</sup>.

Os problemas de comunicação dentro do sistema derivariam das denominadas decepções quanto às expectativas, responsáveis por reduzir a quantidade indeterminada de possibilidades de atuação, porém sempre revelando o risco de constituírem uma surpresa e acabar por decepcionar o contrato social<sup>238</sup>.

Diante de tais contingências sistêmicas, Juarez Tavares sustenta que:

Luhmann busca resolver juridicamente às expectativas de condutas através da combinação das formas cognitiva e normativa de orientação dessas expectativas, de tal modo que as normas jurídicas, ao mesmo tempo, sejam capazes de adaptação às modalidades concretas dessas condutas, quanto de sua própria manutenção, isto é, de garantir a segurança das expectativas<sup>239</sup>.

A solução cognitiva pretende garantir o aprendizado dos processos adequando-os ao fim de evitar a frustração de expectativas. De outra parte, a solução normativa se refere a aplicação de sanções para garantir a estabilidade de tais expectativas. Nesse contexto, a aplicação da norma penal representaria contrafaticamente uma expectativa estabilizada da conduta, de modo que o sistema restaria legitimado por si mesmo, por meio de um cíclico processo de aprendizagem e estabilidade<sup>240</sup>.

No que tange à culpabilidade, o funcionalismo a compreende como falta de fidelidade ao direito<sup>241</sup>. Nas Palavras de Juarez Tavares:

O autor será culpado quando seja considerado responsável pela falta de motivação quanto à norma que tenha infringido com seu comportamento típico e antijurídico, na medida em que essa falta de motivação não possa ser desculpada sem que se veja afetada a confiança geral nessa norma<sup>242</sup>.

Günther Jakobs sustenta que o autor de um fato antijurídico tem culpabilidade quando a ação antijurídica não só indica uma falta de motivação jurídica dominante, mas também quando o autor é o responsável por tal falta. Essa responsabilidade se dá quando a falta de motivação corresponde a um déficit, vale dizer: “Esta responsabilidade por um

---

<sup>237</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Tese para optar al título de doctor en Derecho. Universitat de Barcelona. Director de la tesis: Prof.Dr.h.c.mult.D.Santiago Mir Puig*, p.230.

<sup>238</sup> TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, Op.Cit, p.150.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p.152.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p.153.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p.153.

déficit de motivação jurídica dominante, em um comportamento antijurídico, é a culpabilidade. A culpabilidade se denominará como falta de fidelidade ao Direito ou, sucintamente, como infidelidade ao Direito”<sup>243</sup>.

Günther Jakobs sustenta quatro requisitos positivos da culpabilidade:

- a) o autor deve se comportar antijuridicamente; b) deve ser imputável, ale dizer, um sujeito como capacidade de questionar a validade das normas; c) deve atuar desrespeitando o fundamento da validade das normas; d) a depender da classe dos delitos, as vezes deve concorrer os elementos especiais da culpabilidade<sup>244</sup>.

De acordo com o Funcionalismo sistêmico defendido pelo mencionado autor alemão, a punição se afirma para manter a confiança na norma e a credibilidade no sistema, revelando-se, dessa maneira, a sua defesa pela prevenção geral positiva. O conceito de culpabilidade não deve se orientar para o futuro, mas para o presente, na medida em que o Direito Penal contribui para estabilizar o ordenamento<sup>245</sup>.

Para a determinação da culpabilidade é importante verificar aqueles fundamentos motivadores da ação antijurídica, pelos quais se deve considerar o autor como responsável. Tal ideia se baseia no que Günther Jakobs denomina de alcance da responsabilidade e existe com independência de suposições sobre se o autor, no momento do fato, possui ou não livre arbítrio<sup>246</sup>.

Ainda nesse contexto, adverte o citado autor que o âmbito em que se afirma a culpabilidade de determinado sujeito é, ao mesmo tempo, um âmbito livre, de autodeterminação, porém não no sentido de livre arbítrio, mas sim na falta de obstáculos juridicamente relevantes para a prática dos seus atos. Para Günther Jakobs, a essência da culpabilidade está umbilicalmente associada ao fim da pena, qual seja, a prevenção geral positiva. Senão, veja-se:

[...] Dito enfáticamente: na realidade essa teoría pretende imaginar , precisamente o inverso, a situação motivadora do autor, substituindo-a por uma situação determinada por generalização; os motivos para isso e os

---

<sup>243</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p.566: “Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad. La culpabilidad de denominará en ló sucesivo como falta de fidelidad al Derecho o, brevemente, como infidelidad al Derecho”.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p.567, no original: “a) El autor debe comportarse antijuridicamente; b) debe ser imputable, es decir, un sujeto con capacidad de cuestionar la validez de las normas; c) debe actuar no respetando el fundamento de validez de las normas; d) según la clase de delito, a veces deben concurrir especiales elementos de la culpabilidad”.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p.567.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p.585.

limites desse procedimento, todavia, se derivam exclusivamente de considerações sobre o fim da pena<sup>247</sup>.

Dessa maneira, é possível trazer duas questões adicionais ao citado conceito de culpabilidade defendido por Günther Jakobs, quais sejam: a prescindibilidade do livre arbitrio para a construção da sua tese e a existência, no âmbito da culpabilidade, de um tipo positivo e negativo<sup>248</sup>.

Os fundamentos motivadores da ação ilícita não pressupõem nenhuma relação com o livre arbitrio, haja vista que tal conceito carece de representação social, vale dizer, se a pena cumprir a sua função de assegurar a estabilidade social, a verificação de alternativa de comportamento do sujeito torna-se irrelevante<sup>249</sup>.

Pode-se concluir que a relação entre liberdade e responsabilidade para Günther Jakobs, não se assenta no livre arbitrio, mas sim na circunstância de que a responsabilidade do sujeito independe da supervisão dos outros<sup>250</sup>.

De acordo com teoria da prevenção geral positiva enunciada por Günther Jakobs é possível extrair uma tríplice função da pena: “o exercício na confiança da norma, o exercício da confiança no Direito e, finalmente, o exercício na aceitação das consequências do comportamento violador”<sup>251</sup>.

Contudo, conforme registra José Carlos Porciúncula, a teoria da pena de Günther Jakobs sofreu uma mudança radical a partir de 1995, passando a considerar como finalidade precípua da pena a manutenção da identidade normativa da sociedade, deixando em segundo plano as eventuais consequências psicológicas que a mesma possa produzir, seja a nível coletivo ou individual. Dessa forma, a pena perde qualquer dimensão

---

<sup>247</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, Op.Cit, p.586, no original: “Dicho gráficamente: en realidad esta teoría pretende imaginar, precisamente a la inversa, la situación motivatoria del autor, sustituyéndola por una situación determinada por generalización; el motivo para ello y los límites de este procedimiento, sin embargo se derivan exclusivamente de consideraciones sobre el fin de la pena”.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p.587.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p.587.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p.588.

<sup>251</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Op.Cit, p.233, no original: “el ejercicio en la confianza hacia la norma, el ejercicio en la fidelidad al Derecho y, finalmente, el ejercicio en la aceptación de las consecuencias del comportamiento defraudatorio”.

empírica, situando-se, somente, no âmbito simbólico, aproximando-se bastante, de uma concepção que muito se aproxima do pensamento retributivo hegeliano <sup>252</sup>.

Posteriormente, em 2004, a teoria da pena de Günther Jakobs tomou um novo rumo, passando a incorporar fatores empíricos na sua formulação. Vale dizer, para que as expectativas normativas continuem a manter a sua vigência e credibilidade mesmo diante de um fato contrário a elas, deve-se ter em conta um certo apoio cognitivo a fim de gerar orientação social. Ou seja, para que exista a preservação da fidelidade de todos ao ordenamento jurídico, torna-se de especial relevância que se produza medo nos potenciais transgressores<sup>253</sup>. Como assevera José Carlos Porciúncula:

O que se verifica, portanto, na última fase da teoria da pena de Jakobs é uma reelaboração cognitiva da mesma. A prevenção geral positiva e a prevenção geral negativa, antes vista como funções latentes, agora passam a integrar a própria noção de sanção criminal. Se relativiza a distinção anteriormente realizada entre pessoa e indivíduo, porque aquele não pode prescindir do suporte empírico deste<sup>254</sup>.

#### 4.2.2 Solução Funcionalista Teleológica (A Contribuição de Claus Roxin)

Ainda no âmbito do Funcionalismo, vale também ressaltar as contribuições propostas por outro doutrinador, também alemão, Claus Roxin e o seu Funcionalismo Teleológico.

Claus Roxin criou uma nova categoria dentro da teoria do delito denominada de responsabilidade que, por sua vez, contempla a culpabilidade e as necessidades preventivas da pena<sup>255</sup>. Nas palavras do citado autor: “a responsabilidade depende dos dados que devem ser adicionados ao injusto: da culpabilidade do sujeito e da necessidade preventiva da sanção penal, que há que se deduzir da lei”<sup>256</sup>.

<sup>252</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Op.Cit, p.236.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p.237.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p.238, no original: “Lo que se verifica, por lo tanto, en esta última fase de la teoría de la pena de JAKOBS es una reconocitivización de la misma. La prevención general positiva y la prevención general negativa, antes vistas como <<funciones latentes>> dirigidas al *homo phaenomenon*, ahora pasan a integrar la propia noción de sanción criminal. Se relativiza la distinción anteriormente realizada entre <<persona>> e <<individuo>>, porque aquél no puede prescindir del soporte empírico de este”.

<sup>255</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal :Parte General.Tomo I:Fundamentos.La Estructura de la Teoría del Delito*, Op.Cit, p.797.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 797, no original: “la responsabilidad depende de los datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley”.



O sujeito atua culpavelmente quando realiza um injusto penal, em que pese podia alcançar a norma - acessibilidade normativa - na situação concreta e possuía uma capacidade suficiente de autocontrole, de modo que lhe era perfeitamente possível uma alternativa de conduta conforme o Direito. Uma atuação dita culpável necessitará (ou não) de uma sanção por razões preventivas<sup>257</sup>.

Sobre o tema afirma o referido autor:

[...]Com isso se produz uma redução do problema. Pois, a ideia de que o legislador, ainda existindo a culpabilidade, renuncia a pena ali onde a mesma não parece preventivamente indispensável, contribui de maneira importante para a solução de problemas discutidos da exclusão da responsabilidade [...]  
258

Ademais, só mediante o reconhecimento da culpabilidade associada à necessidade preventiva, compreendidos como pressupostos de igual envergadura no âmbito da responsabilidade jurídico penal, pode a dogmática conseguir se conectar com a teoria dos fins da pena, a fim de reconhecer que só há que se falar em responsabilidade e, conseqüentemente, em sanção penal, desde que se afirme a existência da culpabilidade e a necessidade da aplicação da reprimenda<sup>259</sup>.

De acordo com Claus Roxin, há que se entender a culpabilidade como atuação injusta, apesar da existência de acessibilidade normativa. Vale dizer, deve-se afirmar a culpabilidade de um sujeito, desde que ele possa atender ao comando normativo segundo seu estado mental e anímico, quando lhe eram psiquicamente acessíveis às possibilidades de decisão por uma conduta orientada conforme a norma, assim como quando a possibilidade (seja livre ou determinada) psíquica de controle que existe nos adultos, exista na situação em concreto. Não se trata, segundo o citado autor, de uma hipótese indemonstrável, mais sim de um fenômeno científico empírico<sup>260</sup>.

Assim, a culpabilidade possui um conceito de natureza, tanto empírica, quanto normativa. Empírica, pois a capacidade de se comportar de acordo com comando normativo pode ser comprovada por meio das regras da experiência e normativa, porque

---

<sup>257</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General.Tomo I:Fundamentos.La Estructura de la Teoría del Delito, Op.Cit*, p. 805.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p.807, no original: “[...] Con ello se produce una reducción del problema, pues la Idea de que el legislador, aun existiendo culpabilidad, renuncia a la pena allí donde la misma no le parece preventivamente indispensable contribuye de manera importante a la solución de problemas discutidos de la exclusión de la responsabilidad [...]”.

<sup>259</sup>*Ibidem*, p.807.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p.808.

a possibilidade de atuação em conformidade com o Direito é verificável diante de um processo penal que se orientará a partir dos dados empíricos<sup>261</sup>.

Quando existe a acessibilidade normativa, a demonstrabilidade do livre arbítrio, segundo o referido alemão, torna-se prescindível:

[...]A suposição de liberdade é uma ‘asserção normativa’, uma regra social do jogo, cujo valor social é independente do problema de teoria do conhecimento e das ciências naturais. Com a liberdade, não ocorre no Direito outra coisa que com a igualdade. Quando o ordenamento jurídico parte da igualdade de todas as pessoas, não parte da máxima absurda de que todas as pessoas sejam realmente iguais, mas sim que ordena que os homens devam receber um igual tratamento perante a lei<sup>262</sup>.

Observa-se, portanto, que o conceito de culpabilidade, defendido por Claus Roxin, se apoia em uma justificação social da pena. Propõe reafirmar a função de proteção liberal de um Estado de Direito, fundando no princípio da culpabilidade. De acordo com o seu pensamento, a culpabilidade não depende de necessidades preventivo-especiais ou preventivo-gerais vagas, reais ou presumidas, mas sim da capacidade de controle do sujeito e com isso de um critério suscetível, em princípio, de constatação empírica, que põe um limite ao poder punitivo do Estado<sup>263</sup>.

O Funcionalismo embora tenha pretendido superar a questão do juízo de reprovação como fundamento da culpabilidade, não conseguiu disso se desprender pois, ao declarar a deslealdade ao comando normativo por parte do sujeito autor do injusto penal, acaba por emitir um juízo de adequação da sua conduta<sup>264</sup>. Como sustenta Juarez Tavares:

[...] Consequentemente, aqui o que muda não é o método, senão o conteúdo. Enquanto no finalismo, o conteúdo desse juízo está representado pelo poder agir de outro modo, que, na verdade, é mais um critério de determinação do que um conteúdo, salvo se esse poder se relacionar com um fundamento antropológico, no funcionalismo o conteúdo está constituído do próprio processo de motivação, no qual se afirma a deslealdade ao direito. Tendo em vista que a culpabilidade, por outro lado, depende das estruturas da sociedade e da tolerância que se pode conferira determinadas qualidades individuais, frente às condições que são indispensáveis à manutenção de todo o sistema jurídico, deveria ela ter um fundamento material, mas não o tem, basta-se a si mesma como um processo. A culpabilidade, como um processo apenas, não

<sup>261</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal :Parte General.Tomo I:Fundamentos.La Estructura de la Teoría del Delito, Op.Cit*, p.808.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p.808, no original: “[...] La suposición de libertad es una ‘aserción normativa’, una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. Con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad. Cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas no sienta la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que los hombres deben recibir un igual trato ante la ley”.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p.809.

<sup>264</sup> TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos, Op.Cit*, p.152.

teria sentido, nem mesmo funcionalmente, daí que o funcionalismo a vincule necessariamente aos fins da pena [...] <sup>265</sup>.

Como se observará em seguida, a teoria do discurso sustentada por Jurgen Habermas pretende eliminar da argumentação jurídica todos os conhecimentos prévios que possam influenciar um processo racional. Ou seja, segundo esse entendimento, um juízo normativo será considerado correto, quando seja produto de um discurso racional, por meio do qual é possível verificar a força do melhor argumento, o qual se situa na própria constituição formal do discurso <sup>266</sup>.

Ademais, a adjetivação de racionalidade ao discurso depende da situação de comunicação ideal que, por sua vez, está essencialmente associada à concepção de iguais chances para todos os participantes do discurso, ausência de privilégios, liberdade de expressão, ausência de coação e veracidade. Dessa maneira, desde que respeitada a regularidade formal do discurso, ele restará legitimado pelo consenso <sup>267</sup>.

Orientando-se por tais premissas, bem como as contemplando para o setor específico do Direito Penal, entende-se que o juízo de imputação deve se materializar por meio de um processo racional, como aponta Juarez Tavares:

onde a imputação pela realização do injusto, por exemplo, restaria legitimada na medida em que a norma pudesse ser produto de um discurso público e de procedimentos decisórios, nos quais todos os cidadãos teriam o direito de participar, exercendo sua capacidade crítica quanto as ações e manifestações <sup>268</sup>.

Nessa esteira de intelecção, torna-se relevante trazer as essenciais contribuições de Klaus Günther.

#### **4.2.3 Solução à Luz do Discurso (A Contribuição de Klaus Günther)**

De acordo com José Carlos Porciúncula, a elaboração de uma teoria discursiva do Direito Penal permite melhor resolver os problemas centrais da moderna dogmática penal, principalmente, porque tal teoria não se encontra vinculada ao paradigma filosófico da consciência, mas sim inserida no giro linguístico pragmático, ou seja, não

<sup>265</sup> TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, Op.Cit, p.153.

<sup>266</sup> HABERMAS, Jürgens. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad.Flávio Bueno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>267</sup> *Ibidem*.

<sup>268</sup> TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, Op.Cit, p.154.

reproduz a relação sujeito representador/objeto representado, mas constitui-se pela noção de intersubjetividade<sup>269</sup>.

Em uma Democracia deliberativa, o caráter impositivo das normas jurídicas só tem lugar em um cenário, no qual os indivíduos participem ativamente dos discursos e procedimentos decisórios públicos, de modo que cada indivíduo desempenha uma dupla função: é, ao mesmo tempo, autor e destinatário das normas jurídicas<sup>270</sup>.

Essa dupla função desempenhada pelos indivíduos, segundo aponta José Carlos Porciúncula, está baseada em uma determinada concepção de pessoa que a teoria do discurso e da democracia pressupõe: a pessoa deliberativa. Pessoa deliberativa é, na concepção de Klaus Günther, aquela que tem a capacidade de realizar um distanciamento crítico das manifestações praticadas: “Pois bem, a capacidade da pessoa deliberativa de posicionar-se criticamente implica considerá-la fonte autoprodutora de suas ações e manifestações”<sup>271</sup>.

Percebe-se, assim, que a pessoa deliberativa se divide em duas figuras de cidadão, quais sejam: autor das leis e pessoa de direito, destinatária das mesmas. A citada capacidade de posicionamento crítico do cidadão, bem como o seu direito subjetivo na participação política no procedimento democrático fundamentam seu dever de obediência às normas<sup>272</sup>. Sobre o tema, José Carlos Porciúncula aponta que:

Entende-se que o dever da pessoa de direito de obediências às normas não surge de um exercício efetivo de sua capacidade de posicionamento crítico, mas sim da existência de tal oportunidade no procedimento democrático. Tal dever tampouco pressupõe que a pessoa de direito aceite a norma como razão própria. Não se trata de um dever moral. Ainda que não esteja de acordo a pessoa de direito tem a obrigação de cumpri-la: isto é legítimo na medida em que é dada a possibilidade de posicionar-se publicamente contra a norma na condição de cidadão [...] <sup>273</sup>.

<sup>269</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Op.Cit, p.260.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p.261.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p.261, no original: “Pues bien, la capacidad de la persona deliberativa de posicionarse críticamente implica considerarla fuente autoprodutora de sus acciones y manifestaciones”.

<sup>272</sup> GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade do Direito Penal atual e no futuro*. Trad. Juarez Tavares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n.24, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.77-82, 1998.

<sup>273</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Op.Cit, p.262, no original: “Subráyese que el deber de la persona de Derecho de obediencia a las normas no surge de un ejercicio efectivo de su capacidad de posicionamiento crítico, sino simplemente de la existencia de tal oportunidad en el procedimiento democrático. Tal deber tampoco presupone que la persona de Derecho acepte la norma como razón propia. No se trata de un deber moral. Aunque no esté de acuerdo, la persona de Derecho tiene la obligación de cumplirla: esto es legítimo en la

O dever de obediência às normas não retira da pessoa deliberativa a plena possibilidade de questioná-las publicamente, pelo contrário, é exatamente essa possibilidade (verdadeiro direito subjetivo) que justifica o seu dever de obediência<sup>274</sup>.

Nessa perspectiva, segundo Klaus Günther, a concepção de culpabilidade, centrada na compreensão do indivíduo como “pessoa deliberativa”, possui o condão de superar, tanto os problemas que relacionam a culpabilidade com a ideia de livre arbítrio, quanto aos que relacionam culpabilidade com prevenção<sup>275</sup>.

É dizer, o conceito de “pessoa deliberativa” possibilita fundamentar o dever de obediência à norma, diante da sua efetiva capacidade de assumir, de maneira reflexiva e crítica, uma atitude em relação as suas próprias manifestações. A “pessoa deliberativa” tem efetiva possibilidade de decidir se observa a norma, como também, refletir porque o faz<sup>276</sup>. A propósito, veja-se Klaus Günther:

É, assim, de se exigir que ela torne válida sua atitude de rejeição à norma alterando-se papel de cidadão, e como pessoa capaz de direito igualmente considere sua própria ação autocriticamente sob a perspectiva da norma. Por força de sua capacidade de autodistanciamento crítico seria ela capaz de, pelo menos, observar exteriormente a norma. Nessa confrontação exterior de uma ação imputável e normativamente lesiva se situa a culpa da pessoa deliberativa como pessoa capaz de direito<sup>277</sup>.

Realizadas tais considerações, vale registrar que em uma Democracia deliberativa são os próprios cidadãos que estabelecem as condições por meio das quais se torna possível atribuir a determinado sujeito a condição de responsável<sup>278</sup>.

Consoante já se sustentou, anteriormente, a teoria do discurso interpretada no âmbito do Direito Penal insere-se no novo paradigma do giro linguístico pragmático, haja vista que propõe uma substituição de uma teoria do delito à luz da finalidade da pena (Funcionalismo), por um projeto de uma teoria do delito orientada pela atribuição de responsabilidade individual<sup>279</sup>.

---

medidad en que le es dada la posibilidad de posicionarse públicamente contra la norma en la condición de ciudadano [...]”.

<sup>274</sup> GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade do Direito Penal atual e no futuro*, Op.Cit, p.86.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p.86.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p.88.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p.89.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p.90.

<sup>279</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Op.Cit, p.263.

Com efeito, o pensamento desenvolvido por Klaus Günther possui, indubitavelmente, grandes saltos qualitativos e inaugura, no âmbito do Direito Penal, uma preocupação sobre a legitimidade de imputação de responsabilidade ao sujeito<sup>280</sup>.

Todavia, é indispensável pensar o discurso para além do processo de participação democrática, mas, sobretudo, inseridos nas diversidades materiais do contexto social, no qual se desenvolvem essas intenções de validade. Pois, do contrário, estar-se-á trabalhando sob um cenário absolutamente ideal<sup>281</sup>.

Nesse sentido, pensar tal discurso, à luz da sociedade brasileira, pode soar bastante romântico. Isso porque, a realidade demonstra um contexto social extremamente desigual e marcado pela exclusão, o que implica afirmar que “para esse tipo de sociedade real, a imputação de culpabilidade, como juízo normativo de cognição, desprovido da condição do autor, é evidentemente ilegítimo”<sup>282</sup>.

Vale registrar, ainda, que a relevância de Jurgen Habermas para o Direito Penal não se restringe à perspectiva de elaboração de uma teoria da legislação penal, mas sobretudo, sua contribuição sobre a compreensão da ação como expressão de sentido, de essencial relevância para o presente trabalho<sup>283</sup>.

Jurgen Habermas analisa o sentido das ações, desde uma perspectiva comunicativa de ação, a partir da qual e juntamente com a filosofia da linguagem de Wittgenstein, Vivés Antón elaborou sua importante concepção significativa da ação, por meio da qual se compreende o sentido da ação através de um processo simbólico regido por regras<sup>284</sup>. Nas palavras de José Carlos Porciúncula:

Linguagem e ação estão, assim, essencialmente entrelaçados, formando ‘um conjunto governado por regras – um jogo – do qual o significado demanda. E o significado é exatamente o subproduto da interpretação e aplicação das regras desse jogo. Como se vê, a ação não é o substrato de um sentido, mas sim um sentido de um substrato’<sup>285</sup>.

<sup>280</sup> GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade do Direito Penal atual e no futuro*, Op.Cit, p.90.

<sup>281</sup> TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, Op.Cit, p.156.

<sup>282</sup> *Ibidem*, p.156.

<sup>283</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo pena*, Op.Cit, p.264.

<sup>284</sup> ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª Edición. *Acción Significativa y Derechos Constitucionales*, Op. Cit.

<sup>285</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo pena*, Op.Cit, p.270, no original: “Lenguaje y acción están, así, inescindiblemente entrelazados, formando ‘un conjunto gobernado por reglas – un <<juego>> - del que el significado

Como aponta Paulo César Busato, a comunicação ou compreensão do significado não provém de uma realidade interna do sujeito, nem do objeto percebido, externo a ele, mas sim da interrelação entre ambos. A comunicação, portanto, representa o resultado do entrosamento entre sujeito e objeto<sup>286</sup>.

Oberva-se, portanto, que as mencionadas correntes pós-finalistas procuraram desenvolver um sistema de responsabilidade penal que, no caso do Funcionalismo, prescindisse de uma ideia de liberdade e, no âmbito da Teoria do Discurso, conduzisse o juízo de censura alicerçado em uma Democracia deliberativa.

Conforme foi registrado, Klaus Günther desenvolve a sua formulação teórica sob a orientação da Teoria do Discurso impulsionada por Jurgen Habermas que, por sua vez, busca analisar e compreender os fenômenos sociais à luz da comunicação e da linguagem, fontes produtoras e reprodutoras de sentido.

Partindo-se de tal premissa filosófica, o presente estudo buscará compartilhar algumas reflexões sobre a concepção de liberdade a partir das novas experiências neurocientíficas, tomando-se como base a estrutura da responsabilidade criminal.

Ou seja, conforme observar-se-á no tópico seguinte, as recentes pesquisas neurocientíficas produzem, mais uma vez, novos questionamentos sobre o livre arbítrio na construção do conceito material da culpabilidade, já que as conclusões apresentadas, ainda que de forma incipiente, prometem uma verdadeira revolução na imagem que o homem faz de si e com possíveis repercussões no âmbito da teoria da culpabilidade defendida pelos finalistas.

Todavia, como sustenta João de Fernandes Teixeira, já é possível advertir que essa é uma questão essencialmente polêmica, debatida de forma crítica por Bennet e Hacker – um dos primeiros autores a escrever sobre filosofia da neurociência -, cuja espinha dorsal da sua crítica, inspirada pelos questionamentos apontados por Wittgenstein à psicologia, quando elaborou a sua obra “Investigações Filosóficas”, em 1958, reside

---

dimana. Y el significado no es sino el subproducto de la interpretación y aplicación de las reglas de esse <<juego>>. Como se ve, la acción no es el sustrato de un sentido, sino el sentido de un sustrato”.

<sup>286</sup> BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción em Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*.- 1ª Ed. – Buenos Aires: Didot,2013, p.200.

exatamente no sentido de que na neurociência há métodos experimentais, mas confusão conceitual<sup>287</sup>.

---

<sup>287</sup> TEIXEIRA, João de Fernandes. *Filosofia do cérebro*. Paulus: São Paulo, 2012, p.17.



## 5 A VOLTA DA DISCUSSÃO ENTRE LIVRE ARBÍTRIO E OS ESTUDOS NEUROCIENTÍFICOS

Sigmund Freud apresenta três feridas narcisistas que o homem sofreu ao longo da sua evolução. A primeira teria sido realizada por Copérnico que, ao desenvolver o heliocentrismo, demonstrou que não é o sol que gira em torno da terra, mas a terra que gira em torno do sol. A segunda seria dada por Darwin, ao apontar que a evolução do homem é de origem simiesca, e a terceira teria sido feita por ele mesmo, Sigmund Freud, com a descoberta do inconsciente, revelando, assim, que “o ‘eu’ não é senhor em sua própria casa<sup>288</sup>”.

Nessa linha de horizonte, pode-se afirmar que o século XX, a partir de estudos avançados da psicanálise, foi marcado pelas descobertas de processos mentais inconscientes que não demoraram a interferir nas categorias jurídicas produzindo, mais uma vez, novas críticas ao fundamento material da culpabilidade finalista, como, por exemplo, por Gimbernat Ordeig<sup>289</sup>.

Gimbernat Ordeig, em 1970, apresentou, na sua obra “¿Tiene un futuro la dogmática penal<sup>290</sup>?”, a possibilidade de se retirar a culpabilidade do âmbito da teoria do delito. A premissa do citado questionamento reside naquilo que ele denomina de fé irracional dos juristas no dogma do livre-arbítrio. Ou seja, afirma que os juristas fecham os olhos para os demais estudos em outros setores das ciências sobre a motivação do comportamento humano e assumem a defesa do livre-arbítrio em bases insustentáveis<sup>291</sup>.

É permanente a discussão sobre a possibilidade de um conceito material de culpabilidade baseado na liberdade do sujeito ou, se pelo contrário, não se pode sustentar tal concepção porque a liberdade humana não existe ou não é demonstrável no caso concreto. Essa última posição, sempre defendida pelos deterministas, tem se reforçado, nos últimos tempos, pelas recentes pesquisas neurocientíficas<sup>292</sup>.

A fim de analisar, criticamente, a questão de se tais descobertas neurocientíficas implicam uma alteração da compreensão sobre responsabilidade penal e, antes disso, do

<sup>288</sup> FREUD, Sigmund. (1914) *Sobre o narcisismo uma introdução*. In: FREUD, Sigmund. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1996, vol. XIV.

<sup>289</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque Mello. *Culpabilidade e Neurociências*. Artigo inédito

<sup>290</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática penal? In: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho: en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

<sup>291</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque Mello. *Culpabilidade e Neurociências*. Artigo inédito.

<sup>292</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Libertad, Culpabilidad y Neurociencias*, Op.Cit, p.04.

fundamento material da culpabilidade de Hans Welzel, vale demonstrar, inicialmente, alguns desses experimentos.

## 5.1 OS ESTUDOS DA NEUROCIÊNCIA COGNITIVA

A neurociência é uma disciplina relativamente jovem, que adquiriu, a partir dos anos 1990, grande importância com a descoberta da técnica de neuroimagem. Com isso, a neurociência passou a investigar a atividade psicológica dos seres humanos, revelando-se, assim, como neurociência cognitiva<sup>293</sup>.

Segundo aponta João de Fernandes Teixeira, a neuroimagem surgiu na década de noventa, denominada de década do cérebro, cujo pioneiro foi o radiologista americano Marcus Raichle que, com as suas pesquisas, proporcionou o desenvolvimento do “PET (Positron Emission Tomography) e do fMRI (Functional Magnetic Resonance Imaging) ou ressonância magnética do cérebro”<sup>294</sup>.

Nesse contexto, pode-se afirmar, que até pouco tempo a única maneira de analisar o cérebro humano era por meio de autópsias realizadas após a morte de determinados pacientes que apresentavam algum tipo de disfunção cerebral<sup>295</sup>. Sobre o impacto dessas novas tecnologias, João de Fernandes Teixeira sustenta que:

Para a nova neurociência, que surgiu na década do cérebro, somos apenas uma imensa coleção de neurônios que evoluiu ao longo de milhares de anos, e cuja atividade é, em última análise, regida por genes ou proteínas que, em sua interação com o meio ambiente, acabam tendo um papel decisivo sobre nossa mente e nosso comportamento. O materialismo teria, finalmente, triunfado sobre as concepções do eu que o associam a algum tipo de alma imortal. Como sugeriu o neurocientista indo-americano Vylanour Ramachandran, a herança platônica que nos vê como uma alma aprisionada no corpo tende a acabar. Somos apenas nossos cérebros, e nossas diferenças individuais nada mais são do que pequenas diferenças cerebrais<sup>296</sup>.

Diante dessa nova tecnologia, pode-se destacar três aspectos principais que são abordados pelos neurocientistas a fim de extrair conclusões sobre os seus experimentos, quais sejam: o problema mente-cérebro; a questão da ação intencional e o tradicional confronto sobre a liberdade e o determinismo, sobre o qual o presente trabalho pretende, mais precisamente, volver suas atenções<sup>297</sup>.

<sup>293</sup> TEIXEIRA, João de Fernandes. *Filosofia do cérebro, Op. Cit*, p.11.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p.12.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p.12.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p.13.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p.14.

Experimentos realizados pelo filósofo Benjamin Libet, na década de 80, depois no Reino Unido por Patrick Haggard e Martin Eimer, e, ultimamente, por John-Dylan Haynes, em Berlim, demonstraram que, durante um ato “voluntário”, o cérebro se ativa antes que o sujeito tenha a consciência subjetiva da vontade<sup>298</sup>.

John-Dylan Haynes, inclusive, por meio da utilização da ressonância magnética funcional, conseguiu verificar que a ativação cerebral começa seis ou dez segundos antes que o sujeito tenha consciência da sua ação<sup>299</sup>. Nas palavras de Francisco Rubia:

[...] Isso significa que o experimentador podia dizer antecipadamente a decisão que o sujeito ia adotar, vários segundos antes de o sujeito ter a consciência dessa decisão. Finalmente, Matsushashi y Hallet, em outro experimento, concluíram que a consciência da ação não podia ser sua causa<sup>300</sup>.

Os experimentos de Benjamin Libet, professor da Universidade da Califórnia, podem ser assim revelados: se pedia a uma pessoa para que flexionasse os dedos das mãos em um momento “desejado” e que, antes de flexioná-los, comunicasse que iria adotar tal decisão. O mencionado professor, monitorando a atividade cerebral do sujeito, por meio da técnica de ressonância magnética funcional, conseguiu perceber que os neurônios do córtex motor suplementar, associados aos movimentos das mãos, acionavam alguns milissegundos antes do indivíduo estar consciente de sua vontade de realizar tal ação. Assim, concluiu Benjamin Libet, que as decisões tomadas pelos sujeitos são iniciadas no âmbito do inconsciente e só depois percebidas de maneira consciente<sup>301</sup>.

Nas palavras de Benjamin Libet:

Nós temos liberdade? Eu realizei uma experiência para essa questão. Atos de liberdade voluntários são processados por uma específica mudança elétrica no cérebro (the ‘readiness potential’, RP) que começa 550 milissegundos antes da ação. A subjetividade humana que produz a intenção do ato vem 350-400 milissegundos depois que o RP começa, mas 200 milissegundos antes da atividade motora. O processo voluntário é, portanto, iniciado inconscientemente. Mas, a atividade funcional do consciente ainda pode controlar o resultado; pode vetar o ato. Liberdade, portanto, não é excluída. Essas descobertas colocam restrições em visões de como a liberdade pode se processar; não se iniciará um ato voluntário, mas é possível controlar a

<sup>298</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Op.Cit, p.274.

<sup>299</sup> *Ibidem*, p.274.

<sup>300</sup> RUBIA, Francisco J. *Neurociencia y Libertad*. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo- Buenos Aires, 2013, p.185, no original: “[...] Esto significa que el experimentador podía predecir la decisión que el sujeto iba a tomar varios segundos antes que el sujeto fuese consciente de esa decisión. Finalmente, Matsushashi y Hallet, en outro experimento, concluyeron que la conciencia de la acción no podía ser su causa”.

<sup>301</sup> Sobre tal questão: PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Op. Cit.

performance do ato. As descobertas também afetam a forma de ver a culpa e a responsabilidade. Mas, a questão mais profunda ainda permanece: são os atos livremente voluntários sujeitos às leis deterministas ou eles podem aparecer sem tais restrições, sem determinação pelas leis naturais e verdadeiramente livres? [...] <sup>302</sup>.

Segundo Benjamin Libet, a performance do “próprio ritmo” dos atos voluntários foi, de maneira surpreendente, verificada antes de uma gradual mudança elétrica na região do lobo frontal do cérebro. O aparecimento desta indicação elétrica de certas atividades cerebrais precedeu o movimento real em até um segundo ou mais. Tal situação foi denominada de “*Bereitschaftspotential*” ou “*readiness potential*” (RP). Nos experimentos realizados por ele, constatou-se que os “*readiness potential*”, nas flexões do punho, começaram com uma média de latência de 550 milissegundos antes da ativação do músculo envolvido <sup>303</sup>.

O mencionado autor não contesta que o cérebro inicia seu processo volitivo antes da ativação do músculo que produziu o movimento. O que ele põe em questão é saber quando é que o desejo ou a intenção consciente, para realizar o ato, aparecem. Segundo a visão tradicional de livre arbítrio e vontade consciente, o desejo consciente aparece antes ou no início da denominada “*readiness potential*” e, dessa forma, direcionam o cérebro para realizar o ato pretendido. Todavia, diante dos experimentos realizados, afirma Benjamin Libet, que a vontade consciente, antes da prática do ato, se revela improvável <sup>304</sup>.

A partir de tais descobertas, expressivos estudiosos alemães sobre o cérebro e comportamento humanos passaram a se ocupar do problema do livre arbítrio, como por exemplo, Wolfgang Prinz, que sustenta que, ao contrário do que afirmam os adeptos da psicologia popular, existe a realização da ação para só depois surgir a consciência de que a realiza; Gerhard Roth, nessa mesma linha, defende que as ações não são causadas

---

<sup>302</sup> LIBET, Benjamin. *Do We Have Free Will?* In *The Volitional Brain. Towards a neuroscience of free will*. Edited by: Benjamin Libet, Anthony Freeman and Keith Sutherland. Imprint Academic, p.48, no original: “Do We Have Free Will? I have taken an experimental approach to this question. Freely voluntary acts are preceded by a specific electrical change in the brain (the ‘readiness potential’, RP) that begins 550 ms before the act. Human subjects became aware of intention to act 350-400 ms after RP starts, but 200 ms before the motor act. The volitional process is therefore initiated unconsciously. But the conscious function could still control the outcome; it can veto the act. Free will is therefore not excluded. These findings put constraints on views of how free will may operate; it would not initiate a voluntary act but it could control performance of the act. The findings also affect views of guilt and responsibility. But the deeper question still remains: Are freely acts subject to macrodeterministic laws or can they appear without such constraints, non-determined by natural laws and ‘truly free’? [...]”.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p.49.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p.51.

por uma vontade consciente, mas sim por processos neurológicos inconscientes; Wolf Singer, ainda nesse contexto, afirma que, em termos neurobiológicos, não há espaço para o livre arbítrio, porque cada uma das ações está determinada por estados imediatamente anteriores do cérebro<sup>305</sup>.

Nas palavras de José Carlos Porciúncula:

[...] Na realidade, disse Prinz, em primeiro lugar geramos uma ação, para só depois surgir em nós a consciência de que a estamos realizando. A percepção que temos de nossas ações seria, assim, um fenômeno que acompanha, com um certo delay, processos neurológicos inconscientes responsáveis por elas. Prinz expressou suas conclusões com uma frase emblemática: ‘não sabemos o que queremos, mas queremos o que fazemos’ [...]<sup>306</sup>.

Sobre o mesmo tema, na Espanha, Francisco Rubia sustenta que:

A interpretação desses resultados parece indicar que a vontade livre ou livre arbítrio pode ser mais uma ilusão que o cérebro gera. O que parece evidente é que as intenções conscientes são o resultado da atividade cerebral, o que contradiz o conceito tradicional de vontade livre baseado na mente que controla o cérebro<sup>307</sup>.

Vale ressaltar, todavia, que embora Wolfgang Prinz houvesse considerado que o livre arbítrio, em termos psicológicos, seria inexistente, admite que é possível sustentar uma dimensão cultural de livre arbítrio<sup>308</sup>.

Paulo Queiroz, a partir dos estudos de Wolf Singer, afirma que a neurociência pretende provar que aquilo que se apresenta como ações refletidas e conscientes seria, em verdade, uma ilusão criada pela consciência, inclusive porque, na leitura do mencionado autor brasileiro, a partir dos estudos sobre tais pesquisas, o cérebro seria um órgão como qualquer outro e, assim, seria tão determinista em seu funcionamento, quanto o coração ou o fígado<sup>309</sup>.

Registre-se, ainda nesse contexto, que as reflexões realizadas por Gerhard Roth não se restringiram somente ao âmbito da sua atuação profissional, mas, também, penetrou no

<sup>305</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Op. Cit, p.275.

<sup>306</sup> *Ibidem* p. 275, no original: “[...] En realidad, dice PRINZ, en primer lugar generamos una acción, para solo después surgir en nosotros la conciencia de que la estamos realizando. La percepción que tenemos de nuestras acciones sería, así, un fenómeno que acompaña, con un cierto delay, procesos neurológicos inconscientes responsables por ellas. PRINZ suele expresar sus conclusiones con una frase que se hizo emblemática: “Wir tun nicht, was wir wollen, sondern wir wollen, was wir tun[...]””.

<sup>307</sup> RUBIA, Francisco J. *Neurociencia y Libertad*, Op Cit, p. 186, no original: “La interpretación de estos resultados hoy por hoy parece indicar que la llamada voluntad libre o libre albedrío puede ser una ilusión más que el cerebro genera. Lo que parece evidente es que las intenciones conscientes son el resultado de la actividad cerebral, lo que contradice el concepto tradicional de voluntad libre basado en que la mente controla el cerebro”.

<sup>308</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Op.Cit, p.275.

<sup>309</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Pauloqueiroz.net*. Acesso em 10 de abr de 2014.

campo do Direito Penal, afirmando a possível existência de consequências radicais no âmbito da responsabilidade, senão veja-se nas palavras de José Carlos Porciúncula<sup>310</sup>:

Sustentou: a natureza condicionada de nossa personalidade implica o abandono de um Direito Penal centrado nas noções de culpabilidade e de função retributiva da pena. Em seu lugar, deveria entrar em cena um programa que tivesse por meta investigar as condições sob as quais se pode impor aos delinquentes medidas de educação e reabilitação (prevenção especial).<sup>311</sup>.

Posteriormente, contudo, Gerhard Roth mudou de posicionamento, passando a adotar um discurso que compatibiliza as ideias de culpabilidade e determinismo. Defendeu a concepção de culpabilidade pelo caráter, afirmando que o indivíduo deve ser considerado livre na medida em que suas ações representam a exteriorização da sua personalidade<sup>312</sup>.

Sobre os experimentos de Benjamin Libet, o filósofo da mente João de Fernandes Teixeira, afirma que eles pouco contribuem para o esclarecimento do debate filosófico entre livre arbítrio e determinismo. Vez que, conforme sustenta, tais experimentos só permitem concluir que é possível reconstruir uma história causal entre uma ação, ou seja, o evento que a antecede no cérebro e o seu resultado<sup>313</sup>. Porém, tal reconstrução, na concepção do citado autor, não garante que se possa associar, “de forma determinística, uma intenção, uma ação e um evento cerebral relatado em seguida”<sup>314</sup>.

A partir de tais estudos da neurociência cognitiva e o que isso repercutiu para os citados estudiosos, Benjamin Libet questiona se as recentes pesquisas neurocientíficas não representariam a quarta ferida narcisista<sup>315</sup>. Mas, a bem da verdade, o questionamento que interessa ao aludido trabalho reside nas possíveis implicações de tais descobertas para o Direito Penal e, dessa forma, para a responsabilidade criminal.

Nesse sentido, o Direito se depara, mais uma vez, com a tensão entre livre arbítrio e determinismo. Será possível afirmar que a consciência, nessa perspectiva, seria apenas um componente de menor importância diante das operações cerebrais relacionadas a

<sup>310</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Op. Cit, p.276.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 276, no original: “Sostenía: la naturaleza condicionada de nuestra personalidad implica el abandono de un Derecho Penal centrado en las nociones de culpabilidad y de función retributiva de la pena. En su lugar, debería entrar en escena un programa que tuviera por meta investigar las condiciones bajo las cuales se puede imponer a los delinquentes medidas de educación (prevenção especial)”.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p.276.

<sup>313</sup> TEIXEIRA, João de Fernandes. *Filosofia do cérebro*, Op. Cit, p.35.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p.35-36.

<sup>315</sup> LIBET, Benjamin. *Do We Have Free Will? In The Volitional Brain. Towards a neuroscience of free will*, Op. Cit, p.52.

tomadas de decisões, sendo considerada um “passageiro clandestino mínimo em um vapor transatlântico, assumindo o crédito pela viagem sem dar pela presença da maciça engenharia sob seus pés”<sup>316</sup>.

O ponto fulcral da questão, consoante registra David Eagleman, é saber se todos os atos estão interligados e associados a uma espécie de piloto automático ou se é possível encontrar um âmbito livre para escolher, independentemente da biologia. Segundo o citado autor, toda atividade cerebral é ocasionada por outra atividade no cérebro, formando-se uma ampla rede essencialmente conectada, não havendo espaço para o livre-arbítrio<sup>317</sup>.

Nada obstante tal posicionamento, sustenta o citado neurocientista que a questão do livre arbítrio é pouco importante para a culpabilidade, razão porque propõe o “princípio do automatismo suficiente”<sup>318</sup>. Ou seja, ainda que se possa afirmar, de maneira intuitiva, a existência do livre arbítrio, este representaria, apenas, “um pequeno fator no alto de uma enorme maquinaria automatizada”<sup>319</sup>. Nas palavras do suscitado autor:

O princípio declara que a resposta à questão do livre-arbítrio simplesmente não importa. Mesmo que o livre-arbítrio tenha sua existência conclusivamente provada. Mesmo daqui a cem anos, não alterará o fato de que o comportamento humano opera em grande parte quase sem ligar para a mão invisível da volição<sup>320</sup>.

De acordo com tais premissas, o mencionado autor defende que a imputabilidade é uma questão errada. Com efeito, ao se analisar determinado resultado, não se deve questionar até que ponto foi a pura biologia do sujeito, ou até em que medida foi produto da sua atuação livre, já que, segundo aponta, a biologia e a tomada de decisão são inseparáveis<sup>321</sup>.

O aspecto mais relevante, nesse cenário, é que os criminosos deveriam sempre ser tratados como incapazes de ter atuado de outra maneira. A atividade criminosa deve ser compreendida como produto de uma anormalidade cerebral<sup>322</sup>. “Então a culpabilidade

---

<sup>316</sup> EAGLEMAN, David. *Incógnito – As vidas secretas do cérebro*. Trad. Ryta Vinagre, Rio de Janeiro: Rocco, 2012, p. 12.

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p.182.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p.183.

<sup>320</sup> *Ibidem*, p.183.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p.189.

<sup>322</sup> *Ibidem*, p.190.

parece ser a pergunta errada a fazer. Aqui está a pergunta certa: o que faremos, daqui em diante, com um criminoso acusado”<sup>323</sup>?

Assim, propõe o referido autor, uma nova solução centrada no treinamento pré-frontal, no sentido de reabilitar os lobos pré-frontais, estabelecendo um sistema de controle a fim de proporcionar e incrementar a atividade reflexiva antes da ação<sup>324</sup>.

Na verdade, esclarece David Eagleman, que isso é reflexo de amadurecimento. A principal diferença entre o cérebro de um adolescente e de um adulto reside, exatamente, nos lobos frontais<sup>325</sup>. Veja-se como afirma o citado neurocientista:

[...] O objetivo é dar mais controle às populações neurais que se importam com as consequências de longo prazo. Inibir a impulsividade. Estimular a reflexão. Se um cidadão pensa nas consequências de longo prazo e ainda decide perpetrar o crime, vamos lidar com essas consequências apropriadamente. Esta abordagem tem importância e apelo libertário. Ao contrário de uma lobotomia, que às vezes deixa o paciente apenas com uma mentalidade de bebê, esta abordagem cria a oportunidade de uma pessoa ajudar a si mesma. Em vez de um governo ordenando uma psicocirurgia, aqui um governo pode estender a mão amiga para melhorar a reflexão pessoal e a socialização. Esta abordagem deixa o cérebro intacto – sem drogas, nem cirurgia – e promove os mecanismos naturais de plasticidade cerebral, auxiliando-o a se ajudar. É uma retificação, e não um recall de produto<sup>326</sup>.

Nesse sentido, torna-se oportuno registrar que David Eagleman não pretende concluir que uma maior compreensão da biologia deva implicar o perdão aos autores de crimes. Na verdade, o que ele defende é que a ciência do cérebro deve melhorar o sistema de justiça criminal, com produção de sentenças racionais com vistas à reabilitação. Assim, sustenta que a imputabilidade deve ser transformada em modificabilidade, um termo progressista que indaga o que se pode fazer daqui em diante<sup>327</sup>. Nesse contexto de ideias reflete o suscitado autor:

Na atual situação, os feios recebem sentenças mais longas do que os atraentes; os psiquiatras não têm capacidade de adivinhar que criminosos sexuais reincidirão; e nossas prisões estão superlotadas de viciados em drogas que poderiam ser tratados de forma mais útil pela reabilitação em vez do encarceramento. Assim, o sistema de sentenças atual realmente é melhor do que uma abordagem científica e baseada nas provas<sup>328</sup>?

Indubitavelmente, observa-se que os avanços da neurociência cognitiva pretendem reforçar o debate sobre a defesa do determinismo, reforçando os problemas sobre a

<sup>323</sup> EAGLEMAN, David, *Incógnito – As vidas secretas do cérebro*, Op. Cit, 2012, p.190.

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 197.

<sup>325</sup> *Ibidem*, p.198.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p.198.

<sup>327</sup> *Ibidem*, p.205.

<sup>328</sup> *Ibidem*, p.205-206.



culpabilidade fundada no livre-arbítrio e produzindo influxos no cenário jurídico-penal com posições compatibilistas e incompatibilistas.

## 5.2 ALGUMAS REPERCUSSÕES DOS ESTUDOS DA NEUROCIÊNCIA NA CULPABILIDADE

Consoante já observado, culpabilidade representa o conjunto de critérios normativos que permitem justificar a imposição de uma pena a um indivíduo. Quando se refere, portanto, a culpabilidade, afirma-se a existência de processos de imputação de responsabilidade de acordo com regras racionais<sup>329</sup>.

Cada tempo possui a sua racionalidade adstrita ao contexto cultural e histórico e, portanto, cada sociedade tem os seus próprios critérios normativos que orientam a imputação<sup>330</sup>.

Assim, a tarefa da dogmática deve ser questionar tais critérios de imputação, especialmente na atualidade, ante os desafios desenvolvidos pelos avanços científicos<sup>331</sup>.

Vale dizer, será que a “revolução neurocientífica” proporciona uma mudança de paradigma no pensamento jurídico-penal, principalmente no que tange a responsabilidade orientada por uma concepção de livre-arbítrio? O que pensam os penalistas?

Para o penalista, a questão do livre arbítrio representa algo além do que para as outras pessoas, pois é um instrumento de trabalho do qual parece depender sua própria existência, enquanto profissional do Direito, vez que a fundamentação da responsabilidade reside na liberdade do ser humano<sup>332</sup>.

---

<sup>329</sup> SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. *Derecho Penal y Neurociencias. Una relación tormentosa?* In SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (coord). *Derecho Penal de La Culpabilidad y Neurociencias*. Thomson Reuters, p.98.

<sup>330</sup> *Ibidem*, p.98.

<sup>331</sup> *Ibidem*, p.98.

<sup>332</sup> MANZANO, Mercedes Pérez. *El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal*. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo- Buenos Aires, 2013, p.107.

### 5.2.1 Perspectivas Compatibilistas

Eduardo Demetrio Crespo aponta que, do ponto de vista filosófico, tais pesquisas incorreriam na chamada “falácia mereológica”<sup>333</sup> ao confundir o âmbito do empírico com o conceitual, atribuindo questões psicológicas ao cérebro e não à pessoa, vale dizer, atribui-se a uma parte do homem (cérebro) algo que lhe corresponde como um todo, orientando-se pelo dualismo cartesiano de separar corpo e mente<sup>334</sup>.

Sob o aspecto dogmático penal, o autor defende que, na atualidade, nem o indeterminismo nem o neurodeterminismo mecanicista são sustentáveis. Isto, pois o primeiro parte de um pressuposto metafísico que não leva em consideração os importantes conhecimentos que resultam das ciências empíricas que analisam o comportamento humano, já o segundo representa, na visão do autor, um retrocesso lamentável na evolução filosófica e política da modernidade<sup>335</sup>.

Atualmente, é possível compreender que a formulação da vontade, sob o ponto de vista psicológico e neurológico, depende de diversos fatores que produzem um papel essencial na eleição, preparação e direção das ações. De igual modo, a formulação da vontade nunca parte de forma puramente espiritual, mas sim por influências inconscientes que advém do sistema límbico. Contudo, registra o citado autor, tal constatação não implica que os atos conscientes estejam determinados, por completo, por processos inconscientes<sup>336</sup>.

Assim, torna-se possível defender, no contexto compatibilista, “um conceito mínimo de liberdade”<sup>337</sup>, como autodeterminação intersubjetiva, ou seja, como experiência subjetiva de liberdade, compatível com a hipótese determinista<sup>338</sup>.

Nesse sentido, propõe uma solução conciliadora entre as ciências biológicas, em particular a Neurociência, e o Direito Penal sobre a base de uma “compatibilismo humanista”<sup>339</sup>. Vale dizer, para Eduardo Demetrio Crespo, o Direito Penal deve estar atento à neurociência e lançar mão das modernas técnicas de neuroimagem para

---

<sup>333</sup> CRESPO, Eduardo Demetrio. “*compatibilismo humanista*”: una propuesta de conciliación e neurociencias y derecho penal. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo- Buenos Aires, 2013, p.24.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p.24.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p.25.

<sup>336</sup> *Ibidem*, p.27.

<sup>337</sup> *Ibidem*, p.27, no original: “un concepto mínimo de libertad”.

<sup>338</sup> *Ibidem*, p.27.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p.39.

identificar se há, efetivamente, algum déficit cerebral que tenha contribuído para que o autor praticasse o injusto penal e, dessa forma, ser utilizado ao seu favor, com ampliação dos casos de inimputabilidade e semi-imputabilidade<sup>340</sup>. Nas palavras de Eduardo Demetrio Crespo:

[...] Entendo que nem o neurodeterminismo, nem o indeterminismo pautado no livre-arbítrio são capazes de oferecer uma resposta adequada no âmbito do Direito Penal, portanto creio que o compatibilismo supõe uma boa saída. Por sua própria natureza, o compatibilismo se situa em algum ponto intermediário entre o determinismo forte, para o qual não é consequente, por admitir a liberdade (ou, ao menos, uma margem de liberdade), e o puro indeterminismo, para o qual tampouco resulta convincente, por admitir, ao menos parcialmente, a premissa de que nossos atos estão previamente determinados [...] <sup>341</sup>.

E mais:

No caso em que novos conhecimentos empíricos obtidos, por exemplo, através das modernas técnicas de neuroimagem, demonstrem que se vinha impondo penas em suspeitos que agora sabemos que a conduta delitiva se devia a déficits cerebrais, isso deve ser levado em conta a favor do autor. Em particular, é muito provável que os novos conhecimentos deem lugar a uma ampliação dos casos de inimputabilidade e semi-imputabilidade<sup>342</sup>.

José Carlos Porciúncula sinaliza que Grisha Merkel se revelou bastante receptiva às recentes pesquisas neurocientíficas, ressaltando que, para a citada autora, ainda assim, a imposição da pena possui fundamento na proteção das normas jurídicas, mas que na execução da mesma se deve dar relevo para as alternativas de tratamento e reabilitação do sujeito<sup>343</sup>. Assim afirma Grisha Merkel

Na medida em que os neurocientistas partem de que os seres humanos não são livres de atuar em nenhum caso, porque o livre arbítrio não é nenhuma causa dos processos cerebrais, discutem com razão a relação de causalidade proposta pela filosofia transcendental entre livre arbítrio e movimento como condição empírica da autodeterminação. O que não podem atacar por essa via é a proposição normativa da liberdade de atuação que implica responsabilidade pela própria ação. A atual discussão encerra a

<sup>340</sup> CRESPO, Eduardo Demetrio. *“compatibilismo humanista”: una propuesta de conciliación e neurociencias y derecho penal*, Op. Cit, p. 39.

<sup>341</sup> *Ibidem*, p.28, no original: “[...] Entiendo que ni el “neurodeterminismo” ni el “indeterminismo libreatribista” son capaces de ofrecer una respuesta adecuada en el ámbito del Derecho penal, por lo que creo que el “compatibilismo” supone una buena “salida”. Por su propia naturaleza el compatibilismo se situa en algún punto intermedio entre el determinismo fuerte, para el que no es consecuente, por admitir la libertad (o, al menos un margen de libertad), y el puro indeterminismo, para el que tampouco resulta convincente por admitir, al menos parcialmente, la premissa de que nuestros actos están previamente determinados [...]”.

<sup>342</sup> *Ibidem*, p.39, no original: “En caso de que nuevos conocimientos empíricos, obtenidos por ejemplo a través de las modernas técnicas de neuroimagen, demuestren que se venían imponiendo penas en supuestos en los que ahora saberemos que la conducta delictiva se debía a déficits cerebrales, ello debe ser tenido en cuenta a favor del autor. En particular, es muy probable que los nuevos conocimientos den lugar a una ampliación de los casos de inimputabilidad y semiimputabilidad”.

<sup>343</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Op.Cit, p.280.

potencialidade de estimular um tratamento mais humano da criminalidade. Os neurocientistas sinalizam insistentemente que o cérebro se desenvolve em uma comunidade social e que nenhum ‘eu’ pode ‘sobredeterminar’ modalidades de conduta mal realizadas, mas sim que os processos de correção pressupõem influências sociais de sentido. A neurociência nos oferece boas razões para entender a ação do autor como resultado de uma influência social e para buscar as causas da criminalidade na sociedade<sup>344</sup>.

O aludido autor, de igual modo, registra que Anja Schiemann também encara as descobertas da neurociência de uma maneira bastante positiva, opinando no sentido de que o Direito Penal deve estar aberto para tais novas pesquisas e desafios a fim de repensar o modelo tradicional de responsabilidade criminal<sup>345</sup>.

### 5.2.2 Visões Incompatibilistas

Mercedes Pérez Manzano afirma que a neurociência se destacou, nas últimas décadas, como verdadeira protagonista do debate sobre livre arbítrio e determinismo, revelando conhecimentos que parecem se demonstrar a favor do determinismo<sup>346</sup>.

Para compreender melhor tal debate e refletir sobre as possíveis influências da neurociência na culpabilidade e responsabilidade criminal, procurou demonstrar em que consistem os experimentos de Benjamin Libet e as objeções mais significativas frente a eles<sup>347</sup>.

Nessa esteira de intelecção, salienta a mencionada autora, que os experimentos de Benjamin Libet só evidenciaram que a atividade do cérebro, não consciente, existe e

---

<sup>344</sup> MERKEL, Grischa. *El juego lingüístico de la culpabilidad*. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo- Buenos Aires, p.421, no original: “En la medida en que los neurocientíficos parten de que los seres humanos no son libres de actuar en ningún caso, porque el libre albedrío no es ninguna causa de los procesos cerebrales, discuten con razón la relación de causalidad presupuesta por la filosofía trascendental entre libre albedrío y movimiento como condición empírica de la autodeterminación. Lo que no pueden atacar por esa vía es la proposición normativa de la libertad de actuación que implica responsabilidad por la propia acción. La actual discusión encierra la potencialidad de estimular un trato más humano de la criminalidad. Los neurocientíficos señalan insistentemente que el cerebro se há desarrollado en una comunidad social y que ningún “yo” puede “sobredeterminar” modalidades de conducta mal aprendidas, sino que los procesos de corrección presuponen influencias sociales de sentido. La neurociência nos ofrece buenas razones para entender la acción del autor como resultado de una influencia social y para empezar la búsqueda de las causas de la criminalidad en la sociedad”.

<sup>345</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Op.Cit, p.281.

<sup>346</sup> MANZANO, Mercedes Pérez. *El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal*. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Montivideo- Buenos Aires, p.123.

<sup>347</sup> *Ibidem*, p.124.

precede a experiência realizada conscientemente, não evidenciando, portanto, a ausência de intervenção da consciência no âmbito cerebral<sup>348</sup>.

Assim, a objeção que possui maior importância para o cenário jurídico, diante das interpretações das citadas descobertas, reside na circunstância de que ditos experimentos não apontam conhecimentos significativos sobre o funcionamento dos processos de decisão dos sujeitos em contextos normativos, nos quais se atua motivado por razões ou valores, posto que se referem a um nível neuronal muito básico<sup>349</sup>. Os experimentos de Benjamin Libet são baseados na execução de ações simples, realizadas sem nenhuma motivação direta. Dessa maneira afirma a Mercedes Pérez Manzano:

Pois bem, parece claro que os sistemas neuronais que intervêm na decisão e execução de movimentos simples – como os instalados nos experimentos – não são os mesmos que os que intervêm nas decisões complexas e, especialmente, se estas implicam decisões morais. Por isso, se duvida de que os resultados dos experimentos de Libet possam ser representativos do funcionamento cerebral no seu conjunto, além de desenvolver explicações de condutas triviais e, em consequência, se questiona que ditos resultados possam realmente explicar os processos de tomada de decisões em contextos normativos<sup>350</sup>.

Wolfgang Frisch afirma que a intenção dos experimentos de demonstrar que, não se pode partir de uma capacidade de atuar de outro modo e que a decisão do sujeito de praticar o delito estaria determinada, não é idônea para chegar a essa conclusão de maneira categórica. As conclusões extraídas por alguns neurocientistas são, na perspectiva do mencionado autor, objetáveis sob muitas perspectivas<sup>351</sup>.

Registra que ditos experimentos só abarcam um escasso âmbito de decisões que não são representativas para as importantes decisões que requerem a intervenção jurídico-penal. Daí porque sustenta que o Direito Penal da culpabilidade revela muitas vantagens, na medida em que ao se orientar pelo significado dos bens jurídicos e pelo desvalor dos

<sup>348</sup> MANZANO, Mercedes Pérez. *El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal*, Op. Cit, p.125.

<sup>349</sup> *Ibidem*, p.125.

<sup>350</sup> *Ibidem*, p.125: “Pues bien, parece claro que los sistemas neuronales que intervienen en la ejecución de movimientos simples azarosos – como los instados en los experimentos – no son los mismos que los que intervienen en las decisiones complejas, y, especialmente, si éstas implican decisiones morales. Por isso se Duda de que los resultados de los experimentos de Libet puedan ser representativos del funcionamiento cerebral en su conjunto, más além de aportar explicación de conductas triviales; y en consecuencia, se cuestiona que dichos resultados puedan realmente explicar los procesos de toma de decisiones en contextos normativos”.

<sup>351</sup> FRISCH, Wolfgang. *Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad*. In SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo (coord). *Derecho Penal de La Culpabilidad y Neurociencias*. Thomson Reuters, p.59.

fatos praticados, retrata os pontos pelos quais depende de um programa de manutenção da fidelidade ao Direito e do fortalecimento da consciência jurídica<sup>352</sup>.

Nesse cenário, argumenta o referido autor:

Se trata com o autor penal de acordo com os princípios que dominam a vida social: não o trata como uma essência que está programada defeituosamente, determinada a cometer determinados delitos e que, portanto, deve ser transformada, sim como uma pessoa que, apesar de seu comportamento defeituoso, é tida por racional, é dizer, capaz de tomar decisões orientadas racionalmente [...] <sup>353</sup>.

O Direito Penal da culpabilidade também está em conformidade com as vantagens que a lei oferece. A Constituição contém uma série de valores e princípios que se ajustam melhor à imagem do ser humano dotado de autodeterminação e isto se refere, especialmente, à obrigação do Estado de respeitar a dignidade da pessoa humana e o reconhecimento do sujeito como uma pessoa capaz, de livre desenvolvimento da sua personalidade e, por isso, apto para decidir a favor do que é devido juridicamente<sup>354</sup>.

Nesse sentido, Wolfgang Frisch afirma a sua posição por um Direito Penal da culpabilidade, mas que deve possuir a sua fundamentação e legitimação a partir da teoria do discurso<sup>355</sup>. Senão, veja-se:

[...] é dizer, a partir da ideia de que personas que se consideram como racionais e que atuam segundo essa razão, também são os que participam do discurso ideal sobre o Direito, em tal discurso decidiram ou tentaram decidir de forma racional para resolver a questão que aqui interessa, inclusive o significado das mesmas. O conhecimento atual dos envolvidos neste discurso, não é outro senão o nosso; é, portanto, uma situação de incerteza, mas também da não refutação do livre arbítrio [...] <sup>356</sup>.

Com isso, o mencionado autor, não encara as investigações neurocientíficas como uma ameaça ao Direito Penal da culpabilidade e sustenta que tais experimentos mantêm o Direito Penal são e salvo<sup>357</sup>.

---

<sup>352</sup> FRISCH, Wolfgang. *Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidade*, Op. Cit, p.61.

<sup>353</sup> *Ibidem*, p.61-62, no original: “Se trata con el autor penal de acuerdo a los principios que todavía dominan la vida social: No se le trata como una esencia que está programada defectuosamente, determinada a cometer determinados delitos y que, a pesar de su comportamiento defectuoso, es tenida por racional, es decir, capaz de tomar decisiones orientadas en razones [...]”.

<sup>354</sup> *Ibidem*, p.62.

<sup>355</sup> *Ibidem*, p.62.

<sup>356</sup> *Ibidem*, p.65-66, no original: “[...] es decir, a partir de la idea de que personas, que se tienen a si mismas como razonables y actúan adscribiendo dicha razón también a los que participan en el discurso ideal sobre el Derecho, en tal discurso decidirían o tendrían que decidir de forma razonable para resolver la cuestión que aquí interesa, incluso con significado para ellas mismas. Los conocimientos actuales de los que participan en dicho discurso no es otro que el nuestro; se trata, pues, de la situación de incertidumbre, pero también de la no refutación del libre albedrío [...]”.

<sup>357</sup> *Ibidem*, p.66.

Bernardo José Feijoo Sánchez ressalta que certos neurocientistas influenciam na inevitável reflexão de se considerar se, tendo em vista os avanços do conhecimento do funcionamento do cérebro, o tipo de dinâmica social, por todos conhecida, não estaria baseada em falsas premissas desde uma perspectiva científica<sup>358</sup>.

Tal desafio teórico possui, como ponto de partida, a ideia de que os avanços das neurociências dariam lugar, necessariamente, a uma mudança da imagem que o homem tem de si<sup>359</sup>.

Para o citado autor, a assunção pela sociedade de que o “eu” é uma construção cerebral que carece de uma base estrutural definida no cérebro e que os processos mentais são uma consequência absolutamente determinada por processos neuronais, ou seja, que não existe uma separação entre mente e cérebro ou entre corpo e mente, não são argumentos que conduzem, necessariamente, a uma modificação substancial do sistema jurídico-penal<sup>360</sup>.

Bernardo José Feijoo Sánchez denomina culpabilidade como a infração da norma que socialmente não possui outra explicação, senão a ausência de “mínima disposição jurídica”<sup>361</sup>. E por isso, o papel da dogmática deve ser o de determinar onde se encontram os limiares de relevância jurídico-penal de tal disposição jurídica, indispensáveis de acordo com critérios normativos. Tais níveis ou limiares jurídicos dependem de como se compreenda que os vínculos entre os indivíduos e a sociedade se encontram normativamente definidos<sup>362</sup>.

O mencionado autor, nessa esteira de argumentação, afirma que a autodeterminação, ou seja, a competência atribuída socialmente de autodeterminar-se, é um pressuposto da liberdade como construção social. A liberdade e as correspondentes estruturas de responsabilidade encontram-se alicerçadas, nesse sentido, na autodeterminação construída e atribuída socialmente<sup>363</sup>.

Portanto, registra Bernardo José Feijoo Sánchez que o calcanhar de Aquiles do debate entre juristas e neurocientistas reside em um denominado problema categorial. A liberdade de que tratam os juristas é compreendida como uma liberdade refletida e

---

<sup>358</sup> SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. *Derecho Penal y Neurociencias. Una relación tormentosa?*, Op. Cit, p.115.

<sup>359</sup> *Ibidem*, p.117.

<sup>360</sup> *Ibidem*, p.117.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p.117, no original: “disposición jurídica mínima”.

<sup>362</sup> *Ibidem*, p.145.

<sup>363</sup> *Ibidem*, p146.

desenvolvida no âmbito de complexos processos decisórios, enquanto que os neurocientistas se ocupam de processos neurológicos que se produzem em um curto período de tempo<sup>364</sup>.

Nas palavras do autor:

Por isso não é possível extrapolar diretamente as conclusões de determinados experimentos como os de LIBET ao reconhecimento de liberdade como construção social. Os cidadãos são <<seres livres>> desde a perspectiva do sistema jurídico, com independência de que a ciência nos possa explicar causalmente cada um dos processos cerebrais<sup>365</sup>.

Nesse diapasão, se uma pessoa age de determinada forma porque gosta, tem-se que normativamente é indiferente se a ciência, conhecendo a biografia e antecedentes dessa pessoa, possa chegar a explicar os diversos fatores que determinaram sua conduta<sup>366</sup>. É dizer, “Desde uma perspectiva intersubjetiva se atuou<< livremente>>, é dizer, seus desejos são um assunto exclusivamente seu, salvo se tratar-se de fatores que excluem sua responsabilidade, como poderia ser, por exemplo, uma enfermidade mental”<sup>367</sup>.

Günther Jakobs sustenta que as pessoas são detentoras de deveres e direitos e se constituem mediante as regras de obrigação e de autorização. No que tange, especialmente, aos deveres relevantes para o Direito Penal, o dever deve estar orientado para cumprir a fidelidade ao Direito<sup>368</sup>.

Á luz de tal parâmetro, afirma que a liberdade de atuação e a responsabilidade pelas consequências estabelecem uma relação de mútuo condicionamento. Só as pessoas responsáveis, mas não os indivíduos determinados causalmente, necessitam de espaços de liberdade e só com pessoas responsáveis é possível garantir, institucionalmente, o âmbito de liberdade. Na medida em que a responsabilidade no moderno Direito Penal da culpabilidade se vincula a falta de fidelidade jurídica, ou seja, a ausência de vontade de cumprimento do Direito, se fala geralmente em culpabilidade pela vontade, defeitos na

<sup>364</sup> SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. *Derecho Penal y Neurociencias. Una relación tormentosa?*, Op. Cit, p.149.

<sup>365</sup> *Ibidem*, p.149, no original: “Por ello no es posible extrapolar directamente las conclusiones de determinados experimentos como los de LIBET al reconocimiento de la libertad como construcción social. Los ciudadanos son ‘seres libres’ desde la perspectiva del sistema jurídico, con independencia de que la ciencia nos pudiera llegar a explicar causalmente cada uno de sus procesos cerebrales”.

<sup>366</sup> *Ibidem*, p.150.

<sup>367</sup> *Ibidem*, p.150, no original: “desde una perspectiva intersubjetiva há actuado <<libremente>>, es decir, sus apetencias son un asunto exclusivamente suyo, salvo que se trate de factores que excluyen su responsabilidad, como podría ser, por ejemplo, una enfermedad mental”.

<sup>368</sup> JAKOBS, Günther. *Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*. In SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo (coord). *Derecho Penal de La Culpabilidad y Neurociencias*. Thomson Reuters, p.189.



formação da vontade e similares, vinculando-se tal compreensão com a formação do livre arbítrio<sup>369</sup>.

O livre arbítrio só é necessário, segundo Günther Jakobs, desde uma perspectiva de pessoas, vale dizer, de destinatários de expectativas normativas e não sob um horizonte causal-determinista dos indivíduos. Assim, a imposição da pena revela a infidelidade jurídica do autor e serve para confirmar a norma como norma que segue sendo válida<sup>370</sup>. O livre arbítrio não é, nesse sentido, positivamente pressuposto, mas se trata de uma metáfora de ausência de “coação fora do comum”<sup>371</sup>.

Nas palavras do aludido autor:

A pessoa é concebida no moderno Direito Penal como destinatária exclusiva do dever de querer ser fiel ao Direito: deixando aparte se dito querer vale um <<ultra posse nemo obligatur>> concebido inteiramente de forma naturalística. O livre arbítrio, portanto, não deve ser compreendido mais do que uma metáfora de que a vontade e só a vontade serve de orientação, não como algo natural, mas como construção normativa<sup>372</sup>.

Uma sociedade estruturada, normativamente, não vincula seres humanos individuais, mas sim pessoas. As pessoas são as destinatárias de direitos e deveres construídos comunicativamente<sup>373</sup>. “Na ordem normativa, o Direito, é socialmente real se oferece uma orientação real. Essa questão não é tratada pelas neurociências, na medida em que investigam os indivíduos, mas não a sociedade”<sup>374</sup>.

Dessa forma, uma conduta conforme a norma nem sempre é preferível desde uma perspectiva individual, mas as pessoas são competentes para procurar uma motivação fiel ao Direito. Como consequência disso, as pessoas mantêm uma liberdade de autoadministração no sentido de uma liberdade para organizar seus próprios direitos<sup>375</sup>.

Winfried Hassemer sustenta que o atual discurso neurocientífico tende a lembrar os criminosos de Lombroso e Ferri, principais expoentes da Escola Positivista. O citado

---

<sup>369</sup> JAKOBS, Günther. *Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*, Op. Cit, p.189.

<sup>370</sup> *Ibidem*, p.190.

<sup>371</sup> *Ibidem*, p.190-191, no original: “coación fuera de lo común”.

<sup>372</sup> *Ibidem*, p.193, no original: “La persona queda concebida en el Derecho moderno como destinataria exclusivamente del deber de querer ser fiel al Derecho: dejando aparte dicho querer vale un <<ultra posse nemo obligatur>> concebido por entero de forma naturalística. El libre albedrío, por tanto, no debe ser asumido más que como una metáfora de que la voluntad y solo la voluntad sirve de orientación, aunque no como algo natural sino como construcción normativa”.

<sup>373</sup> *Ibidem*, p.194.

<sup>374</sup> *Ibidem*, p.196, no original: “En orden normativo, el Derecho, es socialmente real si ofrece una orientación real. Esta cuestión no es tratada por las neurociencias en la medida en la que investigan a los individuos pero no a la sociedad”.

<sup>375</sup> *Ibidem*, p.196.

autor acusa os neurocientistas de incorrer em um erro categorial ao tentar adaptar o resultado de suas investigações no âmbito jurídico-penal<sup>376</sup>. Tal erro categorial, sustenta o citado autor, “deriva da violação de um princípio da teoria do conhecimento e da ciência”<sup>377</sup>, que, segundo ele, consiste no seguinte:

Toda ciência só vê aquilo que os seus instrumentos lhe permitem acesso e encontra uma resposta única ali onde seu instrumentário lhe permite uma pergunta que corresponda a uma resposta no plano categorial [...] Se uma ciência atua fora do âmbito que lhe resulta acessível, confunde as coisas e as categorias e cria caos<sup>378</sup>.

E vai além: “a responsabilidade não é uma noção que se assenta em dados biológicos, mas é uma práxis em que ego e alter se reconhecem a si mesmos e reciprocamente como pessoas (e não como automatias!), e se conduzem em função de tal reconhecimento”<sup>379</sup>.

Klaus Günther afirma que a responsabilidade criminal é uma construção que depende de fatores sociais, políticos, históricos e culturais. Daí porque conclui que noções como ação voluntária e liberdade de vontade constituem elementos essenciais da realidade social e que por meio da atribuição de responsabilidade se perpetua a afirmação sobre o que se considera uma conduta normal ou anormal<sup>380</sup>.

O citado autor sustenta que, ainda que se possa considerar, como dizem alguns neurocientistas, a exemplo do já mencionado Francisco Rubia, que a liberdade seria uma ilusão, tal ilusão se revela bastante real, vez que é com base nela que se torna possível a organização da vida, de modo que abdicar do livre arbítrio representaria uma verdadeira renúncia de uma parte essencial do mundo<sup>381</sup>.

José Carlos Porciúncula defende, com base nos ensinamentos de Immanuel Kant, que se há ação, há também liberdade. Sem liberdade não haveria como conceber o mundo, haja vista que não seria possível diferenciar o que simplesmente acontece e o que é produto da ação humana. O referido autor acrescenta, ainda, que se o seguimento de regras

<sup>376</sup> HASSEMER, Winfried. *Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal*. In Indret 2, 2011.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p.06, no original: “deriva de la vulneración de un principio de la teoría del conocimiento y de la ciencia”.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p.06, no original: “Toda ciencia solo ve aquello a lo que sus instrumentos le permiten el acceso, y encuentra una respuesta únicamente allí en donde su instrumentario le permite una pregunta que corresponda a la respuesta en el plano categorial [...] Si una ciencia actúa fuera del ámbito que le resulta accesible, confunde las cosas y las categorías e crea caos”.

<sup>379</sup> *Ibidem*, p.09-10, no original: “La responsabilidad no es una noción que se asienta en datos biológicos, sino en una práxis en que ego y alter se reconocen a si mismos y recíprocamente como persona (y no como autómatas!), y se conducen en función de tal reconocimiento”.

<sup>380</sup> GÜNTHER, Klaus. *Voluntary action and criminal responsibility*. In *Maasen/Prinz/Roth* (eds.), *Voluntary action: brains, minds, and socially*, Oxford/New York, 2003.

<sup>381</sup> *Ibidem*.

constitui o momento fundamental da ação, a realização de uma ação possui como pressuposto a liberdade de eleição entre uma e outra regra<sup>382</sup>.

Orientando-se por Jurgen Habermas, afirma o mencionado autor:

Falando em termos habermasianos, podemos dizer que aquele que com sua ação levanta uma pretensão de validade, está disposto a deixar-se vincular a tal pretensão, a assumir a responsabilidade por ela, oferecendo razões para tanto. Brevemente: a ideia de liberdade constitui uma característica essencial do nosso mundo e se encontra profundamente enraizada na concepção significativa (ou comunicativa) da ação<sup>383</sup>.

José Antonio Ramos Vázquez registra que se a pretensão da neurociência é desvelar o mistério da liberdade, incorre em erro, pois, primeiro, não há que se falar nesse mistério e, segundo, ainda que assim fosse possível, não seria possível dissolvê-lo cientificamente. Nesse sentido, para o citado autor, a neurociência está focando as suas potencialidades em um objetivo que não é seu, não porque a liberdade seja uma questão que extrapole o alcance das investigações sobre o cérebro, mas porque, desde essa perspectiva só representaria um ponto inicial<sup>384</sup>.

Nesse contexto, afirma que não é a ciência que pode demonstrar a liberdade, nem a não liberdade<sup>385</sup>.

Assim, sinaliza o referido autor que nada pode existir sob uma ideia de determinismo, pois sem pressupor a liberdade não cabe nenhuma ideia de responsabilidade, nem de ação, nem de linguagem e nem de racionalidade. A liberdade não deve ser concebida como algo que se possui, mas como uma prática, com uma atitude<sup>386</sup>. Senão, veja-se:

‘Liberdade’ é, pois, a expressão quintessencial na nossa atitude a respeito dos outros e a respeito do que os outros fazem. Não tenho a opinião de que os seres humanos são livres e não autômatos. Não me baseio em dados neurais, nem nas dissertações metafísicas, não é assim mais minha opinião. Não se trata disso: minha atitude com os outros seres humanos não é uma atitude de uma máquina, mas uma atitude de indivíduos autônomos, dignificados e livres, que tanta perplexidade provocam nos deterministas. E com isso e tudo

<sup>382</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo pena*, Op.Cit, p.289.

<sup>383</sup> *Ibidem*, p.289, no original: “Hablando en términos habermasianos, podemos decir que aquél que con su acción levanta una pretensión de validez, está dispuesto a dejarse vincular a tal pretensión, a asumir la responsabilidad por ella, ofreciendo razones para tanto. Brevemente: la idea de libertad constituye un rasgo esencial de nuestro mundo y se encuentra profundamente enraizada en la concepción significativa (o comunicativa) de la acción”.

<sup>384</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos Vázquez. *La pregunta por la libertad de acción (y una respuesta desde la filosofía del lenguaje)*. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo- Buenos Aires, 2013, p.155.

<sup>385</sup> *Ibidem*, p.156.

<sup>386</sup> *Ibidem*, p.157.

o que já foi dito anteriormente creio que é suficiente para encerrar o círculo da crítica do determinismo e da afirmação da liberdade.<sup>387</sup>

Sobre tais avanços da neurociência, Tomás S. Vives Antón também produziu suas críticas. Inicia as suas reflexões a partir de um breve esclarecimento entre duas concepções complexas, quais sejam: o determinismo e o reducionismo. O determinismo é compreendido como a concepção de que tudo o que acontece no mundo está submetido a leis absolutamente precisa e exatas, já o reducionismo toma como ponto de partida a ideia de que tudo que há no mundo é material e, portanto, o mental não passaria de uma ilusão<sup>388</sup>.

Assim, defende a teoria do “monismo anômalo”<sup>389</sup> como aquela que melhor explica a relação entre eventos mentais e físicos, vez que tal teoria se aproxima ao materialismo, na sua concepção de que todos os eventos são físicos, mas rechaça a tese, considerada essencial ao materialismo, que os fenômenos mentais admitem explicações exclusivamente físicas<sup>390</sup>.

A partir de sucintas considerações genéricas, Tomás S. Vives Antón passa a examinar a existência de um hipotético determinismo neurofisiológico, que se apoia dos experimentos de Benjamin Libet e outros semelhantes, e conclui que a estrutura dos experimentos é manifestamente concebida para “movimentos corporais arbitrários”<sup>391</sup> que atribuem aos agentes só umas frações de segundos entre a decisão e a execução da ação<sup>392</sup>.

O projeto, afirma o citado autor, parece admitir a possibilidade de que as pessoas do teste, instruídas sobre o curso do experimento, se concentram no plano da ação antes de

---

<sup>387</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos Vázquez. *La pregunta por la libertad de acción (y una respuesta desde la filosofía del lenguaje)*, Op. Cit, p.157, no original: “‘Libertad’ es, pues, la expresión quintaesenciada de nuestra actitud respecto de los demás y respecto de lo que los demás hacen. No tengo la opinión de que los seres humanos son libres y no autómatas. No me baso en datos neurales, ni en disquisiciones metafísicas, ni es sin más mi opinión. No se trata de eso: mi actitud hacia otros seres humanos no es una actitud hacia una máquina, sino la actitud hacia esos individuos autónomos, dignificados y libres que tanta perplejidad provocan en los deterministas. Y con eso y todo lo dicho anteriormente creo que es suficiente para cerrar el círculo de la crítica del determinismo y de la afirmación de la libertad”.

<sup>388</sup> ANTÓN, Tomás S. Vives. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo-Buenos Aires, 2013, p.219.

<sup>389</sup> *Ibidem*, p.219.

<sup>390</sup> *Ibidem*, p.224.

<sup>391</sup> *Ibidem*, p.224, no original: “movimientos corporales arbitrários”.

<sup>392</sup> *Ibidem*, p.224.

decidir pela execução da ação que se pede a elas<sup>393</sup>. E, logo, a montagem do potencial do arranjo neurologicamente observado refletiria, unicamente, a fase do planejamento. “Mais grave seria, finalmente, a objeção que, por questão de princípios, é dirigida contra a produção artificial de situações abstratas de decisão”<sup>394</sup>.

Ainda nesse mesmo contexto, Daniel C. Dennett sustenta duas grandes críticas às descobertas neurocientíficas. A primeira é que como o mental não possui nenhuma realidade física, não é possível, por meio de métodos experimentais, verificar qual o peso atribuível na interação mente-cérebro; a segunda, que é consequência da primeira, é que os experimentos de Benjamin Libet colocam o sujeito da experimentação em uma posição em que uma pessoa está localizada para conhecer por observação, o que acontece em sua própria mente, sendo que não se pode conhecer por observação algo que simplesmente se vive<sup>395</sup>.

Nesse cenário argumentativo, ressalta Tomás S. Vives Antón:

[...] essa impossibilidade radica na impossibilidade de me sentar para contemplar o que acontece na minha própria mente como quem contempla uma partida de futebol, porque a mente não se põe diante de mim desse modo: seus procesos formam parte do modo de atuar e de viver e por isso eu os conheço; mas carecem de toda realidade sensível que eu possa observar. De modo que a determinação acerca de quando tomo uma decisão ocorre em uma sequência temporal reflexiva e não em uma sequência empírica que tem lugar os fatos neurofisiológicos observáveis [...] <sup>396</sup>.

Nessa perspectiva, sustenta, ainda, que não se pode dar valor a algo experimentalmente comprovado por uma sequência temporal que se estabelece entre um fato material, certificado pela experiência externa, e um fato mental, inacessível a tal experiência<sup>397</sup>.

Com efeito, o surgimento da linguagem e, mais precisamente, da linguagem argumentativa proporcionou uma flexibilização da aceitação do dualismo de

<sup>393</sup> ANTÓN, Tomás S. Vives. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*, p.224.

<sup>394</sup> *Ibidem*, p.224: “Más grave sería, finalmente, la objeción que, por cuestión de principios, se dirigiera contra la producción artificial de situaciones abstractas de decisión”.

<sup>395</sup> DENNET, Daniel C. *La conciencia explicada*. Paidós: Barcelona, 1995.

<sup>396</sup> *Ibidem*, p.225, no original: “[...] esa imposibilidad radica en que no puedo sentarme a contemplar lo que sucede en mi propia mente como quien contempla un partido de fútbol, porque la mente no se pone ante mí de esse modo: sus procesos forman parte de mi modo de actuar y de vivir, e por eso los conozco; pero carecen de toda realidad sensible que yo pueda observar. De modo que la determinación acerca de cuando tomé una decisión ocurre en una secuencia temporal reflexiva, no en la secuencia empírica en la que tiene lugar los hechos neurofisiológicos observables [...]”.

<sup>397</sup> *Ibidem*, p.227.

substâncias, como também a saída de um mundo regido por leis deterministas cegas<sup>398</sup>.

Nas palavras de Tomás S. Vives Antón:

Pois a linguagem surge como um desenvolvimento (um refinamento, dizia Wittgenstein) das funções simbólicas primitivas que aparecem com a vida e se incrementam progressivamente na conduta animal, desde os invertebrados até os animais superiores e o homem. Em principio era a ação que, como tudo o que é capaz de transmitir sentido, comportava a atribuição de significado a um substrato material. Com o homem, adquire-se um maior protagonismo da conduta intencional (que, como afirmava von Wright, é um comportamento significativo) e, com ela, aparecem as linguagens naturais, que são o que Mead (1973, pp.107 e 167 e ss) denominava *símbolo significante*, com o que se faz possível o pensamento racional e reflexivo e a ideia de pessoa como algo distinto de mero organismo fisiológico, é dizer, como individualidade atuante, autoconsciente e socialmente estruturada<sup>399</sup>.

Por isso, o mencionado autor afirma que a linguagem, não só exonera as pessoas de assumir diversos problemas do dualismo de substâncias, como também dispensa de ter que se aceitar a identidade entre processos físicos e mentais, pois o fato de a racionalidade se sobrepor, em um momento determinado da evolução, mostra que ingressa no conjunto de eventos do mundo uma classe nova de desenvolvimentos que não se define em termos exclusivamente materiais<sup>400</sup>.

Verifica-se, a partir da maioria dos pensamentos de alguns penalistas aqui mencionados, que os avanços proporcionados pela neurociência merecem ser encarados com algumas reservas e que não devem implicar na ausência de responsabilidade moral ou jurídica.

As recentes pesquisas da neurociência cognitiva, indubitavelmente, proporcionam reflexões e angústias e, consoante já demonstrado, terminam por produzir influxos no cenário da culpabilidade penal defendida pelos finalistas, haja vista que o seu fundamento material é analisado à luz da existência de livre arbítrio.

Vale dizer, nada obstante toda a tensão existente entre determinismo e livre-arbítrio e as críticas em torno do “poder atuar de outro modo”, principalmente, diante da impossibilidade empírica de se demonstrar a existência de livre arbítrio, tais

<sup>398</sup> ANTÓN, Tomás S. Vives. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*, Op. Cit, p.229.

<sup>399</sup> *Ibidem*, p.229-230, no original: “Pues el lenguaje surge como un desarrollo (um *refinamiento*, decía Wittgenstein) de las funciones simbólicas primitivas que aparecen con la vida y se incrementan progresivamente en la conducta animal, desde los invertebrados hasta los animales superiores y el hombre. En el principio era la acción, que, como todo lo que es capaz de transmitir sentido, comporta la atribución de significado a un sustrato material. Con el hombre, adquiere un mayor protagonismo la conducta intencional (que, como señalara Von Wright, es un *comportamiento significativo*) e, con ella, aparecen los lenguajes naturales, que son lo que Mead (1973, pp.107 y 167 y ss) denominaba *símbolo significante*, con el que se hace posible el pensamiento racional y reflexivo y la idea de persona como algo distinto del mero organismo fisiológico, es decir, como individualidad actuante, autoconsciente y socialmente estructurada”.

<sup>400</sup> *Ibidem*, p.232.

experimentos revelados pelos estudiosos do cérebro humano acabaram por reforçar as críticas e impulsionar novas reflexões e/ou alternativas ao fundamento da culpabilidade proposta por Hans Welzel e, conseqüentemente, a estrutura da responsabilidade criminal.

As dificuldades de se estabelecer critérios constitucionalmente orientados para o exercício de imputação da pena a um determinado sujeito, também servem para incrementar a necessidade de reforço da tarefa de compreensão e reflexão sobre a neurociência cognitiva.

A pergunta que se instaura no presente momento e que o próximo capítulo pretende responder é: a liberdade, estabelecida como paradigma orientador do fundamento material da culpabilidade normativa-pura é um dado que se pode definir e conceituar a partir de experimentos científicos ou, assim como é a ação, deve ser analisada como produto de sentido?

Dessa forma, a partir da resposta à mencionada indagação instaurar-se-á outra: apesar da importância das citadas descobertas é possível admitir verdadeiros influxos no âmbito da responsabilidade jurídico-penal a ponto de conduzir a sua exclusão ou modificação?

## **6 POR UM DIREITO PENAL FUNDADO NA LIBERDADE**

Não se duvida que a liberdade, sob o ponto de vista jurídico, representa um Direito constitucionalmente assegurado que direciona todas as relações jurídicas e que, como parâmetro orientador da culpabilidade, serve de essencial amparo aos abusos do poder punitivo Estatal.

Ao lado de tal perspectiva e sob o prisma filosófico-existencial, a liberdade revela-se como verdadeiro atributo do homem, representadora das suas vontades e desejos, de modo que é quase inimaginável que o sujeito não se compreenda no mundo como um ser livre, dotado de alternativas de escolha.

Diante de toda a estrutural modificação sofrida pela Teoria do Delito e, como não poderia deixar de ser, pela própria culpabilidade, pressupor a existência e, mais do que isso, a legitimidade de um Direito Penal que prescindia da reflexão do homem, como um ser dotado de liberdade, demonstra um inaceitável retrocesso em termos de direitos e garantias fundamentais.

De outro lado, não se pode deixar de reconhecer os efetivos problemas em torno do fundamento material da culpabilidade no Finalismo pautado na concepção do livre arbítrio. Porém, prescindir da compreensão de um homem, enquanto sujeito racional, como horizonte viabilizador da aplicação do Direito Penal pode produzir, além de um colapso jurídico, um essencial colapso social.

Nessa mesma esteira de argumentação, negar as relevantes descobertas neurocientíficas sobre o funcionamento do cérebro humano pode parecer uma postura de quem prefere viver na “sua própria bolha” e completamente alheia à evolução científica do mundo. Dessa mesma forma, admitir um Direito Penal que não dialogue com tais pesquisas revela a tentativa de afirmação de um sistema fechado que não precisa se comunicar com os demais, o que, de igual modo, se demonstra contraproducente.

Vale dizer, o Direito Penal, assim como os demais ramos do conhecimento, deve assumir uma postura de eterno diálogo com os demais setores, seja como um exercício de simples oxigenação, de resignificação das suas estruturas ou, até mesmo, de completa modificação das mesmas.



## 6.1 A IMPOSSIBILIDADE DE SE DESPREZAR OS AVANÇOS NEUROCIÊNCIAS NA ELABORAÇÃO DE UM CONCEITO DE CULPABILIDADE.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, como já se pôde verificar dos experimentos realizados por Benjamin Libet, as descobertas neurocientíficas não negam que o sujeito possua a liberdade de atuação. O que consta é apenas que a atividade cerebral se ativa, primeiramente, de maneira inconsciente e que, só depois, o sujeito passa a ter a consciência da realização de determinado ato<sup>401</sup>.

A partir de tal premissa, portanto, não há que se admitir que a estrutura da responsabilidade criminal e, antes disso, do fundamento material da culpabilidade “normativa-pura”, sofram modificações diante das mencionadas descobertas da neurociência cognitiva. Vale dizer, se Hans Welzel<sup>402</sup> defende a concepção de livre arbítrio, como a capacidade racional do sujeito de se livrar das dependências causais e de se autodeterminar conforme o sentido, os experimentos neurocientíficos não interferem em tal pensamento finalista já que afirmam, em conformidade com esse pensamento, que a atividade consciente do sujeito pode controlar o resultado do ato, vetando-o<sup>403</sup>.

Importante registrar que, como sinaliza João de Fernandes Teixeira, o cérebro não é dotado de um determinado ritmo, o que ocorre é uma interpretação das suas oscilações elétricas. Assim, ainda não se pode ter certeza se a neuroimagem representa o resultado da atividade cerebral ou da atividade de uma mente que o examina<sup>404</sup>.

Vale dizer, quando se examina determinadas áreas de um cérebro é possível supor alguns palpites sobre o pensamento que ocorre em determinada pessoa, mas só é possível afirmar com certeza se ela contar<sup>405</sup>. “Para fazer a neuroimagem de alguma atividade mental minha, é preciso que eu conte sobre o que estarei pensando, ou que, em algum momento, me diga sobre o que pensar, e isso terá sempre a forma de um relato subjetivo que precede o imageamento”<sup>406</sup>.

---

<sup>401</sup> LIBET, Benjamin. *Do We Have Free Will? In The Volitional Brain. Towards a neuroscience of free will, Op. Cit*, p.55.

<sup>402</sup> WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal, Op. Cit*.

<sup>403</sup> LIBET, Benjamin. *Do We Have Free Will? In The Volitional Brain. Towards a neuroscience of free will, Op. Cit*, p.56.

<sup>404</sup> TEIXEIRA, João de Fernandes. *Filosofia do cérebro, Op. Cit*, p.38.

<sup>405</sup> *Ibidem*, p.38.

<sup>406</sup> *Ibidem*, p.38-39.

Com isso, todavia, não se quer abandonar os desafios da neurociência cognitiva e os seus influxos reflexivos no âmbito da responsabilidade criminal. Com efeito, a indemonstrabilidade prática do livre arbítrio, no molde proposto por Hans Welzel produziu e, ainda produz, diversas críticas no cenário da dogmática jurídico-penal, de modo que, novas descobertas científicas que possuam a pretensão de demonstrar a atividade cerebral e como se materializa o comportamento humano devem impulsionar novas reflexões críticas sobre tal fundamento da culpabilidade.

Ou seja, dialogar com a neurociência cognitiva deve ser um exercício indispensável para o Direito Penal a fim de que possa produzir uma reafirmação melhor orientada dos seus institutos, bem como, de afirmar o porquê que os citados experimentos não devem modificar o seu arcabouço de aplicação.

É dizer, as aludidas pesquisas servem, sem sombra de dúvidas, para uma essencial reflexão sobre o comportamento humano e, de igual sorte, contribuem de maneira expressiva para a compreensão de uma ação humana relevante sob o aspecto jurídico-penal e, nessa perspectiva, para a afirmação de um juízo de responsabilidade criminal centrado em outros parâmetros.

Em outras palavras, o que deve merecer a atenção no âmbito jurídico e, em especial no do Direito Penal, para fins de afirmação da culpabilidade e, conseqüentemente, de atribuição de responsabilidade, é a compreensão significativa de liberdade à luz dos ensinamentos de Tomás Vives Antón<sup>407</sup>.

A liberdade que orienta o fundamento material da culpabilidade não pode ser verificável à luz de experimentos científicos, mas sim, desde um aspecto de linguagem e comunicação<sup>408</sup>.

## 6.2 POR UM CONCEITO SIGNIFICATIVO DE LIBERDADE

A partir da constatação de que o desenvolvimento dos sistemas jurídicos penais se materializa por meio de uma relação essencial com as mudanças valorativas que acontecem nesse mesmo sistema é possível afirmar que “se alcançou um conceito

---

<sup>407</sup> ANTÓN, Tomás S. VIVES. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª. Edición. *Acción Significativa y Derechos Constitucionales*. Estudio preliminar M. Jiménez Redondo.

<sup>408</sup> *Ibidem*.

denominado “significativo” de ação desde distintos pontos de partida”<sup>409</sup>. Senão, veja-se Paulo César Busato:

De um lado, Vives Antón, partindo de uma análise da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação comunicativa de Habermas, chegou a um conceito significativo de ação identificado, como vamos ver em seguida, com o ‘sentido de um substrato normativo’. De outra perspectiva, conectada com o desenvolvimento de um aspecto dogmático das lições de Welzel, George Fletcher também alcançou um conceito que se pode denominar ‘significativo’ de ação, aqui ele prefere a denominação ‘intersubjetivo’. De todo modo, o próprio Fletcher identificou pontos comuns entre sua proposta e os desenvolvimentos de Vives, o que nos permite a conclusão de que se trata de concepções bastante coincidentes<sup>410</sup>.

A proposta por um conceito significativo de ação vai além de uma simples mudança de conceitos ou de modelos políticos-criminais, mas representa, sobretudo, uma mudança de método de estudo, inserindo a teoria do delito no âmbito da filosofia da linguagem, campo até então pouco explorado, vez que, como já pontuado, as estruturas jurídico-penais eram desenvolvidas desde o parâmetro da filosofia da consciência<sup>411</sup>.

Deve-se ter em mente que a proposta de um conceito significativo de ação representa a assunção de uma nova base filosófica centrada na interpretação, que é de ordem social, deixando em segundo plano a intenção subjetiva do sujeito, vez que esta revela, apenas, uma perspectiva individual<sup>412</sup>.

A concepção de um conceito significativo de ação, no âmbito da ciência penal, desenvolvida, principalmente, por Tomás S. Vives Antón, possui na teoria da ação comunicativa e no conceito de jogos de linguagem de Wittgenstein os seus principais pontos de influência<sup>413</sup>. Sobre a teoria da ação comunicativa sustenta Tomás S. Vives Antón:

Aqui o problema é muito mais complexo, a perspectiva de Habermas poderia se resumir assim: a categoria do sentido (significado), que se introduz a partir da ação e da linguagem, se desenvolveu – por Parsons – como um momento interno da teoria sistêmica, mostrando certas correspondências entre elementos da teoria da ação e elementos da teoria do sistema. Fracassada essa

<sup>409</sup> BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*.-1ª Ed. – Buenos Aires: Didot, 2013, p.173, original: “se alcanzó un concepto denominado ‘significativo’ de acción desde los distintos puntos de partida”.

<sup>410</sup> *Ibidem*, p.173-174, no original: De un lado, Vives Antón, partiendo de un análisis de la filosofía del lenguaje de Wittgenstein y de la teoría de la acción comunicativa de Habermas, llegó a un concepto significativo de acción identificado, como vamos a ver en seguida, con el ‘sentido de un substrato normativo’. Desde otra perspectiva, conectada con el desarrollo de un aspecto dogmático de las lecciones de Welzel, George Fletcher también alcanzó un concepto de puede denominar ‘significativo’. De todos modos, el propio Fletcher ha identificado los puntos comunes entre su propuesta y los planteamientos de Vives, lo que nos permite la conclusión de que se trata de concepciones bastante coincidentes”.

<sup>411</sup> *Ibidem*, p.174.

<sup>412</sup> *Ibidem*, p.174.

<sup>413</sup> *Ibidem*, p.175.

empreitada, Luhman introduziu a categoria de sentido por meio da teoria da ação, como uma propriedade emergente dos sistemas socioculturais em geral. O sentido não está produzido por nenhuma classe de linguagem ou jogo de linguagem, mas sim diretamente pelo sistema. Ou, dito de outro modo, é o sistema que determina o significado das palavras; aqui, paradoxalmente, esse significado só pode fazer-se presente mediante atos de fala, isto é, através da ação e da linguagem. De modo que, a linguagem expressa o sentido social das ações, que não pode se expressar sem ele.<sup>414</sup>

Sobre Wittgenstein, Tomás S. Vives Antón tece os seguintes comentários:

Para Wittgenstein, como se pode ver, o significado surge a partir de diversos e concretos jogos de linguagem. Daí que, ao não haver um jogo de linguagem comum a todos eles, não pode surgir um significado comum e, em consequência, não se pode formular nenhum conceito de linguagem como um todo; e, portanto, não pode ser objeto de conhecimento teórico<sup>415</sup>.

A partir de tais sólidas premissas pode-se afirmar que a comunicação ou a percepção de sentido não se encontra internamente no sujeito, nem na realidade externa do objeto, mas sim na inter-relação entre eles. Assim, a percepção de significado se dá a partir da relação entre sujeito e objeto<sup>416</sup>.

Tais desenvolvimentos filosóficos são refletidos no Direito Penal, mais especialmente no âmbito da teoria da ação, haja vista que a ação penalmente relevante deve ser identificada por meio do seu sentido social, da linguagem e da comunicação. Em outras palavras, a ação não pode ser compreendida nem sob um aspecto interno do sujeito que atua, nem sob um aspecto externo, do resultado da ação<sup>417</sup>. Tomás Vives S. Antón reflete sobre tal fenômeno de maneira bastante elucidativa: “Para que possa falar-se de ação é preciso que os sujeitos tenham a capacidade de formar e expressar intenções;

---

<sup>414</sup> ANTÓN, Tomás S. VIVES. *Fundamentos del Sistema Penal, 2ª. Edición. Acción Significativa y Derechos Constitucionales, Op. Cit*, p.516, no original: “Aunque el problema es mucho más complejo, la perspectiva de Habermas podría resumirse así: la categoría del <<sentido>> (significado), que há de introducirse a partir de la acción y del lenguaje, se intento desarrollar – por Parsons – como un momento interno de la teoría sistêmica, mostrando ciertas correspondências entre elementos de la teoría sistêmica, mostrando ciertas correspondências entre elementos de la teoría de la acción y elementos de la teoría de sistemas. Fracasado esse intento, Luhman introduce la categoría de sentido por delante de la teoría de la acción como una propiedad emergente de los sistemas socioculturales em general. El sentido no es ya producido por nenhuma classe de lenguaje o juego de lenguaje, sino, directamente por el sistema. O, dicho de outro modo, es el sistema el que determina el significado de las palabras; aunque, paradójicamente, esse significado solo pueda hacerse presente mediante actos de habla; esto es, a través de la acción y el lenguaje. De modo que, el lenguaje expresa el sentido social de las acciones, que no puede expresarse sin él”.

<sup>415</sup> *Ibidem*, p.527, no original: “Para Wittgenstein, como acaba de verse, el significado surge en los conciertos y diversos juegos de lenguaje. De ahí que, al no haber un juego de lenguaje común a todos ellos, no pueda surgir un significado común y, en consecuencia, no pueda formularse ningún concepto del lenguaje como un todo; y, por lo tanto, no pueda ser objeto de un conocimiento teórico”.

<sup>416</sup> BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje, Op. Cit*, p. 179.

<sup>417</sup> *Ibidem*, p.179.

mas, as ações que realizam não dependem das intenções que pretendam expressar, mas sim do significado que socialmente se atribua aos que atuam”<sup>418</sup>.

Verifica-se, assim, que as incompatibilidades de um dualismo objetivo-subjetivo no âmbito da ação, sustentado pela dogmática, não revelam uma correspondência entre o que se quis produzir (interno) e o que objetivamente se realizou (objetivo)<sup>419</sup>.

Com efeito, a ação não é determinada, ela é compreendida a partir da interação do sujeito com o objeto. Vale dizer, o sujeito emana significado para o objeto e este para o sujeito, em uma verdadeira relação interpretativa, a partir da qual se simboliza uma ação<sup>420</sup>, daí porque Paulo César Busato afirma que “a adoção de um conceito significativo de ação implica no reconhecimento da interpretação da linguagem”<sup>421</sup>.

As ações não são meras exteriorizações de fatores psicológicos ou normativos, mas são capazes de transmitir o seu sentido, de tal sorte que não se deve buscar conceituar a ação desde um aspecto psicológico ou normativo, mas sim como produto de interpretação da linguagem e comunicação, esta atribuindo o conceito de ação significativa<sup>422</sup>. Daí que o citado autor defende:

O significado da ação, produto de comunicação, corresponde a linguagem eleita. Se postula-se que o direito penal corresponde a um estado social e democrático de direito, a linguagem pela qual o Estado deve comunicar-se com os indivíduos, selecionando fatos que serão considerados típicos e antijurídicos, devem corresponder a um sistema normativo de garantias individuais<sup>423</sup>.

A adoção de um conceito significativo de ação compreende a reunião de alguns elementos estruturantes, quais sejam: a mudança do referencial filosófico e a adoção de critérios político criminais no âmbito da dogmática, constituindo um sistema mais

---

<sup>418</sup> ANTÓN, Tomás S. VIVES. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª. Edición. *Acción Significativa y Derechos Constitucionales*, Op. Cit, p.224, no original: “Para que pueda hablarse de acción es preciso que los sujetos tengan la capacidad de formar y expresar intenciones; pero, las acciones que realizan no dependen de las intenciones que pretenden expresar, sino del significado que socialmente se atribuya a lo que hagan”.

<sup>419</sup> BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*, Op. Cit, p.180.

<sup>420</sup> *Ibidem*, p.183.

<sup>421</sup> *Ibidem*, p.183, no original “La adopción de un concepto significativo de acción implica em el reconocimiento del lenguaje la interpretación”.

<sup>422</sup> *Ibidem*, p.185.

<sup>423</sup> *Ibidem*, p.185: “El significado de la acción, producto de la comunicación, correspondiente al lenguaje elegido. Si se postula que el Derecho penal corresponde a un Estado social y democrático de Derecho, el lenguaje por el cual el Estado debe comunicarse con el individuo, seleccionando hechos que va a considerar típicos y antijurídicos há de corresponderse a un sistema normativo lleno de las garantías individuales”.

aberto e, também, mais seguro, devido à referência político criminal que produz um resultado melhor orientado desde o aspecto Constitucional<sup>424</sup>.

Diante das reflexões até então compartilhadas, cumpre registrar que a adoção de um conceito significativo de ação revela a interpretação da ação produzida em determinado contexto social, caracterizado pelas suas circunstâncias e contingências. Assim, a ação embora esteja relacionada ao tipo, não pode estar desvinculada do seu sentido social, até porque o tipo também é compreendido a partir do seu entorno social<sup>425</sup>.

Dessa forma, não é o tipo penal que determina a ação, como também não é a ação que condiciona o tipo penal, “é o interesse social na tipificação de uma determinada conduta (ação ou omissão), expresso na recepção comunicativa da norma, que identifica a ação e determina seu significado ou sentido”<sup>426</sup>.

Ao lado da teoria da ação, Tomás S. Vives Antón sustenta que a norma também representa outra estrutura essencial da construção delitiva. A norma penal, de forma geral, expressa uma regra de conduta que pode ser compreendida linguisticamente<sup>427</sup>.

Como defende Paulo César Busato:

Vives refere que ‘uma dogmática jurídica expressa nosso modo de compreender e valorar a sociedade’. Por isso, as dogmáticas devem ser interpretadas como gramáticas, como formas de expressão de sentido, dotadas de ‘pretensões de validade’, tais ‘pretensões de validade’ não correspondem necessariamente a ‘pretensões de verdade’. É dizer, a norma jurídica pretende ser válida e não verdadeira. O resultado prático da aplicação da norma jurídica é a produção de justiça e não de verdade. Coincide com as modernas tendências do Direito Penal, no sentido da conjugação de tópico e silogismo, por meio de uma epígrafe da relação entre fato e norma<sup>428</sup>.

<sup>424</sup> BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*, Op. Cit, p.185.

<sup>425</sup> *Ibidem*, p.185.

<sup>426</sup> *Ibidem*, p.224, no original: “Es el interes social en la tipificación de una determinada conducta (acción u omisión) expreso en la recepción comunicativa de la norma, que identifica la acción y determina su significado o sentido”.

<sup>427</sup> ANTÓN, Tomás S. VIVES. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª. Edición. *Acción Significativa y Derechos Constitucionales*, Op. Cit, p.528.

<sup>428</sup> BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*, Op. Cit, p.227, no original: “Vives refiere que “una dogmática jurídica expresa nuestro modo de comprender y valorar la sociedad”. Por ello, las dogmáticas deben de ser interpretadas como gramáticas, como formas de expresión, dotadas de ‘pretensiones de validad’, sino a tales ‘pretensiones de validad’ no corresponden necesariamente a ‘pretensiones de verdad’. Es decir, la norma jurídica pretende ser válida y no verdadera. El resultado práctico de la aplicación de la norma jurídica es la producción de justicia y no de verdad. En ello, coincide con las modernas tendencias del Derecho penal, en sentido de la conjugación de tópico y silogismo, bajo un epígrafe de la relación entre hecho y norma”.

Dessa maneira, a norma funciona como instrumento da comunicação estabelecida entre o cidadão e a sociedade<sup>429</sup>.

A partir de tais essenciais considerações torna-se imperioso afirmar que, assim como a ação, a liberdade é também compreendida por meio da interpretação da comunicação e, portanto, por meio da linguagem. Dessa forma, não se pode, por meio de experimentos científicos, demonstrar a existência ou a não existência da liberdade, pois esta não está adstrita a um aspecto individual, subjetivo dos sujeitos, mas somente se constrói a partir de um contexto social.

Com efeito, levando-se em consideração que a norma é diferente da lei, vez que a norma é produto de interpretação sobre o comando que a lei pretende impor, torna-se coerente a conclusão no sentido de que as normas só confirmam a sua existência a partir da constatação de que a ação é livre<sup>430</sup>. Vale dizer, o significado materializado na ação só é percebido por meio das regras sociais, nas palavras de Paulo César Busato: “a liberdade de atuar é, neste sistema, o fundamento do reconhecimento da ação, o pressuposto necessário para, dentro do quadro do mundo, compreender a existência de uma conduta”<sup>431</sup>.

A liberdade de ação representa a junção da teoria da ação e da norma, sucintamente demonstradas, “pois só se os movimentos corporais não são inteiramente regidos por leis causais, só se há uma margem de indeterminação que permita de ações como distintas dos fatos naturais, pode pretender-se que estas se dirijam por normas”<sup>432</sup>.

Saliente-se, contudo, que a liberdade não é demonstrada de maneira empírica, mas reconhecida por uma maneira de enxergar o mundo, materializada na compreensão da capacidade de autonomia racional do homem<sup>433</sup>. Sobre o tema, Tomás S. Vives Antón:

[...] Mas, se executamos ações, isto é, se razões, intenções, desejos, etc. dirigem nossa conduta segundo regras e se, conforme essas regras, lhe

<sup>429</sup>BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*, p.227.

<sup>430</sup> *Ibidem*, p.230.

<sup>431</sup> *Ibidem*, p.230, no original: “La libertad de actuar es, em este sistema, el fundamento del reconocimiento de la acción, el presupuesto necesario para, dentro del cuadro de mundo, comprender la existencia de una conducta”.

<sup>432</sup> ANTÓN, Tomás S. VIVES. *Fundamentos del Sistema Penal, 2ª. Edición. Acción Significativa y Derechos Constitucionales, Op. Cit*, p.345, no original: “pues solo si los movimientos corporales no se hallan enteramente regidos por leyes causales, sólo se hay un margen de indeterminación que permita hablar de las acciones como distintas de los hechos naturales, puede pretenderse, a sua vez, que estas se rijan por normas”.

<sup>433</sup> BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje, Op. Cit*, p.231.

outorgamos significado, a afirmação da liberdade pressupõe que tudo isso, que vivemos diariamente, é também possível. E não há nela nada que possa demonstrar-se. Porque a afirmação da liberdade não é uma afirmação acerca do que é, mas sim acerca dos seus fundamentos [...] <sup>434</sup>.

O reconhecimento da existência de ações pressupõe a análise, desde uma perspectiva *ex ante*, dos elementos que as conduziu, quais sejam: as intenções, as razões e os desejos <sup>435</sup>. “É justamente esta a diferença entre o que é uma ação e as coisas que simplesmente ocorrem; que marca a diferença entre quem é agente – que atua, portanto – de quem é paciente, objeto, que sofre a ação” <sup>436</sup>.

Dessa forma, a racionalidade jurídica só pode se afirmar e, ao mesmo tempo, ser questionada a partir da fixação da premissa sobre a existência da liberdade. Isso, porque, a assunção de um determinismo se revela absolutamente indemonstrável e, nessa esteira, destituído de razão <sup>437</sup>.

Ou seja, com a defesa do determinismo não se pode falar de conhecimento como compreensão dotada de racionalidade <sup>438</sup>. Assim, eventual pergunta sobre a possibilidade do determinismo, não perguntaria, na verdade, nada, não seria uma pergunta “porque a máquina que então seria o homem poderia – como podem hoje as máquinas – pronunciar palavras; mas realizar atos de fala (perguntar, argumentar, etc.) restaria fora do seu alcance” <sup>439</sup>.

Percebe-se, nessa linha de argumentação, que a proposta significativa de ação contempla as pretensões normativas, como, também, preserva o referencial humano ao afirmar a responsabilidade que se baseará no modo pelo qual as pessoas direcionam as

---

<sup>434</sup> ANTÓN, Tomás S. VIVES. *Fundamentos del Sistema Penal, 2ª. Edición. Acción Significativa y Derechos Constitucionales, Op. Cit.*, p.343, no original: “[...] Pero, si ejecutamos acciones, esto es, si razones, intenciones, deseos, etc. dirigen nuestra conducta según reglas y si, conforme a esas reglas, le otorgamos significado, la afirmación de la libertad comporta solo la de que todo eso, que a diario vivimos como real, es también posible. Y no hay en ella nada que pueda demostrarse. Porque la afirmación de la libertad no es una afirmación acerca de lo que hay, sino acerca de los fundamentos [...]”.

<sup>435</sup> BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje, Op. Cit.*, p.231.

<sup>436</sup> *Ibidem*, p.231, no original: “Es justamente esta la diferencia entre lo que es una acción y las cosas que simplemente ocurren; que marca la diferencia entre quien es agente – que actúe, por tanto – y de lo que es paciente, objeto, que sufre la acción”.

<sup>437</sup> *Ibidem*, p.232.

<sup>438</sup> ANTÓN, Tomás S. VIVES. *Fundamentos del Sistema Penal, 2ª. Edición. Acción Significativa y Derechos Constitucionales, Op. Cit.*

<sup>439</sup> *Ibidem*, p.344, no original: “porque la máquina que entonces sería el hombre podría – como pueden hoy las máquinas – pronunciar palabras; pero, realizar actos del habla (preguntar, argumentar, etc.) quedaria fuera de su alcance”.



suas ações. Ou seja, ao se levar em consideração o sujeito, o reconhece como pessoa dotada de liberdade, como ser racional que interage na vida social<sup>440</sup>.

A liberdade de vontade pode ser concedida como uma realização da evolução social do homem, que, por sua vez, consiste na aquisição de faculdades de direção do comportamento segundo valores construídos e analisados criticamente<sup>441</sup>.

Assim, deve-se compreender a liberdade de ação como produto de construção social, a partir de uma incessante relação interpretativa do sujeito com a norma e da norma com o sujeito. Desde o paradigma da filosofia da linguagem e, nessa perspectiva, do giro linguístico pragmático, a ideia de liberdade representa um essencial atributo do mundo e, consoante já sustentado, possui suas raízes na concepção significativa da ação.

Dessa forma, tem-se que, por um lado, os experimentos neurocientíficos não proporcionam modificações na estrutura da responsabilidade criminal, seja porque nem os próprios neurocientistas negam a existência da liberdade, seja porque tais pesquisas partem de uma premissa individual e subjetiva do sujeito que não se ajusta ao paradigma filosófico atual.

Todavia, a oxigenação do Direito Penal com as mencionadas descobertas da neurociência cognitiva é extremamente valiosa, pois permite a sua afirmação situada a partir de parâmetros linguísticos e possibilita compreender os seus institutos, principalmente, no âmbito da teoria do delito e, naturalmente, na ação e na culpabilidade, a partir da concepção significativa ou comunicativa de ação o que, indubitavelmente, o revela pertinente com o giro linguístico pragmático e em conformidade com os postulados Constitucionais.

---

<sup>440</sup> BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*, Op. Cit., p.232.

<sup>441</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio*. Tecnos.

## 7 CONCLUSÕES

Ao final de tantas reflexões, chegou o momento de realizar algumas conclusões que o presente trabalho demanda.

1. A discussão entre o livre arbítrio e o determinismo sempre esteve presente no âmbito da filosofia e, a partir dos ideais iluministas, a concepção de liberdade passou a ser necessária para a discussão do Direito Penal e, portanto, para fins de afirmação da responsabilidade criminal.

2. Na Alemanha, o principal expoente das ideias iluministas foi Immanuel Kant que defendia a existência de liberdade orientada pelos dogmas da razão. A razão, segundo essa perspectiva, é que guia as ações, e não qualquer impulso físico ou psíquico.

3. A partir do Iluminismo e a concepção liberal clássica de homem como ser livre, o Direito Penal passou a se apropriar da discussão sobre liberdade, seja para afirmá-la ou para negá-la, consolidando tal concepção como fundamento da responsabilidade penal.

Nesse contexto, a denominada Escola Clássica defendia a existência do livre arbítrio que fundamentava a responsabilidade moral e a responsabilidade criminal. De outra parte, a Escola Positivista sustentava que o livre arbítrio era uma ilusão subjetiva, sendo, assim, partidária do determinismo.

4. Ao longo da evolução do Direito Penal, pode-se observar diversos sistemas de responsabilidade baseados na concepção de responsabilidade objetiva, impessoal, solidária, ou seja, modelos que não consideravam o homem em sua individualidade, nem como pessoa livre, dotada de responsabilidade.

5. Com o surgimento do Iluminismo a adoção de um modelo centrado na responsabilidade objetiva revelou-se absolutamente incompatível com os direitos fundamentais de liberdade, igualdade, fraternidade e dignidade da pessoa humana. Daí, porque, a materialização da responsabilidade jurídica penal passou a exigir que o sujeito fosse capaz de orientar o seu livre-arbítrio em conformidade com as normas jurídicas.

6. A culpabilidade surge, nesse contexto, para afirmar o direito fundamental à liberdade, constituindo-se como verdadeiro elemento limitador do poder punitivo estatal, a partir da sua compreensão enquanto princípio, limite e fundamento da pena.

7. Percebe-se, assim, que o Direito Penal moderno não admite a aplicação de uma pena a um determinado sujeito pelo simples fato de ter produzido um resultado lesivo a um bem jurídico penalmente relevante, mas, sobretudo, se tal ação revela-se como injusta e culpável.

8. A interpretação do conceito de culpabilidade, à luz dos três aludidos sentidos, demonstra que o juízo de imputação da sanção penal deve estar umbilicalmente associado com os postulados do Estado Democrático de Direito e alicerçado nos direitos e garantias fundamentais.

9. Nesse contexto de ideias, torna-se importante registrar que as diversas modificações e, até abandono, da concepção tradicional de culpabilidade estão relacionadas com a busca por um conceito estritamente jurídico e em conformidade com os direitos fundamentais.

Daí, porque, o conceito de culpabilidade passou por diversas modificações ao longo dos anos, revelando, também, diversas concepções de liberdade.

10. A Teoria Psicológica da Culpabilidade, cujo principal defensor era Franz Von Liszt, sustentava, por exemplo, o determinismo, colocando-se em oposição à ideia do livre-arbítrio como fundamento do Direito Penal.

11. A Teoria Normativa-Pura da Culpabilidade sustentada por Hans Welzel, por outro lado, afirmou-se a partir de dois axiomas antropológicos, quais sejam: a ação como produto de finalidade e a atuação conforme o sentido.

Vale dizer, a afirmação de um juízo de censura penal só poderia se dar a partir da verificação do livre arbítrio do sujeito que atuou e, dessa forma, questionar se ele poderia ter atuado em conformidade com o Direito. A liberdade humana, portanto, é concebida como um dado ontológico e defendida como a capacidade que o sujeito tem de poder atuar conforme o sentido.

12. Observa-se que o fundamento material da culpabilidade, sob o olhar da teoria finalista, reside na exigibilidade de conduta diversa que, por sua vez, orienta-se pela existência de livre-arbítrio, o qual se revela sob três aspectos diferentes: antropológico, caracteriológico e categorial.

13. Após a Segunda Guerra Mundial, o Finalismo firmou-se como doutrina dominante no cenário penal, vez que se encontrava em conformidade com o contexto histórico do pós-positivismo, defendendo a autonomia do sujeito como limite da intervenção jurídico penal.

14. Os aspectos formais da culpabilidade normativa-pura foram recepcionados pelo pensamento pós-finalista, embora começou-se a criticar o seu fundamento material, retomando diversas discussões sobre a existência do livre-arbítrio.

15. Diante da dificuldade de demonstração empírica do livre-arbítrio, o Finalismo é extremamente criticado pelo seu paradigma de liberdade. Associa-se a isso a

circunstância de que, embora o “poder atuar de outro modo” tivesse o intuito de se atentar para as circunstâncias do caso concreto, passou-se a utilizar de critérios genéricos a partir da ficção jurídica “homem médio”.

16. Os diversos questionamentos sobre a idemonstrabilidade do livre arbítrio propiciou o surgimento de diversas teses que, em termos gerais, substituem a culpabilidade por outro instituto jurídico ou indicam um novo fundamento material para a culpabilidade ou buscam a atribuição de um sentido à compreensão sobre liberdade.

17. O Funcionalismo Sistemico, desenvolvido por Günther Jakobs, afirma que para a determinação da culpabilidade é importante verificar os fundamentos motivadores da ação antijurídica e existe com independência de suposições sobre se o autor era ou não dotado de livre-arbítrio na prática do ato.

18. O Funcionalismo Teleológico, defendido por Claus Roxin formula um conceito de culpabilidade associado a uma justificação social da pena. A culpabilidade depende da capacidade de controle do sujeito e, com isso, de um critério suscetível, em princípio, de constatação empírica.

19. Klaus Günther sustenta uma concepção de culpabilidade centrada na compreensão do indivíduo como “pessoa deliberativa” que, segundo aponta, possui o condão de superar tanto os problemas que relacionam a culpabilidade com a ideia de livre arbítrio, quanto aos que a relacionam com prevenção.

20. A partir dessa construção reflexiva sobre o juízo de imputação de responsabilidade criminal e com o intuito de identificar a espinha dorsal do aludido trabalho, apresentou-se os experimentos realizados no cérebro humano por Benjamin Libet e a repercussão dessas pesquisas para os neurocientíficos, como também para alguns penalistas.

21. A maioria dos doutrinadores da área jurídico penal entende, por diversos motivos diferentes, que os avanços da neurociência não comprometem a estrutura da responsabilidade criminal.

22. A aludida pesquisa pretendeu revelar a sua postura por um Direito Penal fundado na concepção de liberdade. Ou seja, o presente trabalho pretendeu demonstrar que a construção e afirmação do Direito Penal devem se materializar à luz de uma concepção melhor orientada sobre a liberdade.

23. Os avanços da neurociência cognitiva são interessantes para que o Direito Penal, e toda a estrutura da responsabilidade criminal, se oxigene e se resignifique. Com efeito, a concepção de liberdade que orienta as relações e que legitima a aplicação do Direito

Penal é aquela essencialmente entrelaçada com as noções significativas de Tomas S. Vives Antón.

24. Ainda que a neurociência demonstre as cadeias causais inseridas no cérebro humano e revele que tudo se inicia no plano do inconsciente, a ideia de liberdade não é construída, afirmada ou negada a partir de tais parâmetros.

25. O sujeito que interage com o mundo, realizando ações e compreendendo regras constrói um sentido de liberdade. Em outras palavras, a liberdade não pode ser aferida desde um parâmetro individual do sujeito, mas ela é identificada desde uma construção social e, portanto, é produto de significado.

26. Assim, a compreensão do Direito Penal situado no paradigma da filosofia da linguagem, permite afirmar a concepção de liberdade desde parâmetros linguísticos e, dessa forma, um novo horizonte de aplicação da responsabilidade criminal.

## REFERÊNCIAS

ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª Edición. *Acción Significativa y Derechos Constitucionales*. Tirant lo blanch. Valencia: 2011.

\_\_\_\_\_. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo- Buenos Aires, 2013.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BELING, Ernst Von Beling. *Esquema de derecho penal*. Trad.de Sebastián Soler. Depalma.Buenos Aires, 1994.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*; tradução brasileira e notas do professor Paulo José da Costa Júnior e do magistrado Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966-v.I.

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires:Ed.Ad-Hoc,2004.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*.-1ª Ed. – Buenos Aires: Didot, 2013.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal: Parte General, Volumen I*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español – Parte General, v.III – Teoría jurídica do delito/2,5.reimpr*.Madrid: tecnos, 2005.

CÓRDOBA RODA, Juan. *Culpabilidad y Pena*. Barcelona:Bosch,1977.

COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad.Historia, Teoría y Metodología*.Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

CRESPO, Eduardo Demetrio. “compatibilismo humanista”: una propuesta de conciliación e neurociencias y derecho penal. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*.Montivideo- Buenos Aires, 2013.

DENNET, Daniel C. *La libertad de acción, Um análisis de la exigência de libre albedrío*.Biblioteca Económica Gedisa, Ciencias Cognitivas.

\_\_\_\_\_. *La conciencia explicada*. Paidós: Barcelona, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOHNA, Alexander Graf zu. *La Estructura de la teoria del delito*. Trad. de la 4ª Ed. alemana por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

EAGLEMAN, David, *Incógnito – As vidas secretas do cérebro*. Trad. Ryta Vinagre, Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Culpabilidad y Teoría del Delito*.v.1. Buenos Aires: Editorial B de F, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer e outros, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Montevideo-Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2004.

FREUD, Sigmund. (1914) *Sobre o narcisismo uma introdução*. In: FREUD, Sigmund. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1996, vol. XIV.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Montivideu-Buenos Aires. Julio César Faira – Editor, 2003.

FRISCH, Wolfgang. *Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad*. In SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo (coord). *Derecho Penal de La Culpabilidad y Neurociencias*. Thomson Reuters.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Vol I, Tomo I. Max Limonad Editor, 1973.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática penal?* In: Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho: en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2ª Edición. Montevideo – Buenos Aires. Julio César Faira – Editor, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. *Direito penal: parte geral*. v.2. São Paulo: RT, 2007.

GÜNTHER, Klaus. *Voluntary action and criminal responsibility*. In Maasen/Prinz/Roth (eds.), *Voluntary action: brains, minds, and sociatily*, Oxford/New York, 2003.

\_\_\_\_\_. *A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro*. Trad. Juarez Tavares. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n.24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984.

\_\_\_\_\_. *Culpabilidade*. Tradução de Pablo Alflen da Silva. *Revista de Estudos Criminais*, n.3, 2001.

\_\_\_\_\_. *Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal*. In Indret 2, 2011.

\_\_\_\_\_. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n.06, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

JAKOBS, Günther. *Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*. In SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo (coord). *Derecho Penal de La Culpabilidad y Neurociencias*. Thomson Reuters.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad: Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editoria Nacional.

LIBET, Benjamin. *Do We Have Free Will? In The Volitional Brain. Towards a neuroscience of free will*. Edited by: Benjamin Libet, Anthony Freeman and Keith Sutherland. Imprint Academic.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas/SP: Russell, 2003.

LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y Pena*. jurídica de Chile.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Libertad, Culpabilidad y Neurociencias*. Disponível em: [www.indret.com](http://www.indret.com).

MANZANO, Mercedes Pérez. *El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal*. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo- Buenos Aires, 2013.

\_\_\_\_\_. *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.



MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*, Salvador: Juspodivm, 2010.

MERKEL, Grischa. *El juego lingüístico de la culpabilidad*. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo- Buenos Aires, 2013.

MINAHIM, Maria Auxiliadora, COELHO, Yuri Carneiro. *A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor do Direito Penal*. In: PRADO, Luiz Régis (Coord.) *Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTES HUAPAYA, Sandro. *El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro un Estado de Derecho, social y democrático*. Em: *Derecho Penal Online* (revista electrónica de doctrina y jurisprudência em línea). Año 2007. Disponible em Internet: <http://www.derechopenalonline.com>). Acesso em 05/04/2014.

PALMA, Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. ALMEDINA, 2005.

PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de la concepciones normativas*. Granada, 2002.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Tese para optar al título de doctor en Derecho. Universitat de Barcelona. Director de la tesis: Prof.Dr.h.c.mult.D.Santiago Mir Puig*.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Pauloqueiroz.net*.

RAMIREZ, Juan Bustos e MALARÉE, H. Hormazabal. *Pena y Estado*, in *Bases críticas de um nuevo Derecho Penal*, Bogotá, Temis.

RUBIA, Francisco J. *Neurociência y Libertad*. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo- Buenos Aires, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. *Derecho Penal y Neurociencias. Una relación tormentosa?* In SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (coord). *Derecho Penal de La Culpabilidad y Neurociencias*. Thomson Reuters.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *La libertad del Derecho Penal: de qué hablamos cuando decimos libertad?* In Indret 1/2014.

SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTO AGOSTINHO. *O Livre Arbítrio, trad. De António Soares, 1986*, Livro II, Cap. I.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.175.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio*. Tecnos.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.24, v. 6, 1998.

TEIXEIRA, João de Fernandes. *Filosofia do cérebro*. Paulus: São Paulo, 2012.

VÁZQUEZ, José Antonio Ramos Vázquez. *La pregunta por la libertad de acción (y una respuesta desde la filosofía del lenguaje)*. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo- Buenos Aires, 2013.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.